# Idealkonkurrenz
und
# Gesetzeskonkurrenz.

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

hohen Juristen-Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

**Adolf Sarter,**
Gerichts-Referendar in Aachen.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

ROSTOCK
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1904.

Meiner lieben Mutter!

# Verzeichnis der benutzten Literatur.

## 1. Hand- und Lehrbücher, Grundrisse und Kommentare.


Binding, Handbuch des Strafrechts, I. Bd. Leipzig 1885 (Citiert: Binding oder: Binding, Handbuch.)

Binding, Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts I. Einleitung und allgemeiner Teil, 5. Aufl. Leipzig 1897. (Citiert: Binding, Grundriss.)

Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 2. Aufl. Leipzig 1890.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1904. (Citiert: Finger.)

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 2. Aufl. Leipzig 1901; 3. und 4. Aufl. 1903. (Letztere citiert: Frank.)

Geyer, Grundriss zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht, Bd. I. München 1884. (Citiert Geyer, oder: Geyer, Grundriss.)

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1881/87. (Citiert: Hälschner.)

v. Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen. Berlin 1871/77. (Citiert: Holtzendorffs Handbuch.)

Liepmann, Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1901.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 12. und 13. Aufl. Berlin 1903. (Citiert: v. Liszt, oder: v. Liszt, Lehrbuch.)

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889. (Citiert: Merkel.)

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Auflage. Leipzig 1895. (Citiert: Meyer.)

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 14. Aufl.; herausgegeben von Delius. Berlin 1901. (Citiert: Oppenhoff.)

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, 6. Aufl. Berlin 1900/01.

Wachenfeld, Das Strafrecht. In v. Holtzendorff-Köhlers Encyklopädie, Bd. II.

## 2. Einzeldarstellungen.

Bünger, Über Handeln und Handlungseinheit. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. 8. Bd., 1888. S. 520–588, 661—772. (Citiert: Zeitschrift.)

v. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen. Beilagheft zum Gerichtssaal, Bd. 31. Stuttgart 1879.

du Mesnil, Beiträge zur Lehre von der Idealkonkurrenz. Dissertation. Erlangen. (Jahr des Erscheinens fehlt). (Citiert: du Mesnil.)

Habermaas, Die ideale Konkurrenz der Delikte. Tübinger Dissertation. Stuttgart 1882. (Citiert: Habermaas.)

Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz. Berlin 1893. (Citiert: Heinemann.)

Hiller, Über den gegenwärtigen Stand der Lehre von der Konkurrenz der Delikte. Gerichtssaal Bd. 32. 1880. S. 195—240.

Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, I. Bd. Berlin 1901. (Citiert: Höpfner.)

John, Die Lehre vom fortgesetzten Verbrechen und von der Verbrechenskonkurrenz. Berlin 1860. (Citiert: John.)

Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz. Eine strafrechtliche Untersuchung. München 1900. (Citiert: Köhler.)

v. Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Binding'schen

Handbuche. Ztschrft. f. d. ges. StrRW. Bd. 6. 1886. S. 663—698.

v. Liszt, Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Encyklopädie der Wissenschaften. Ztschrft. f. die ges. StrRW. Bd. 8. 1888. S. 133—156.

Pfefferle, Über Ideal- und Realkonkurrenz. Dissertation Freiburg 1902. (Citiert: Pfefferle.)

Pflaum, Über Gesetzeskonkurrenz. Erlanger Dissertation. 1898. (Citiert: Pflaum.)

Rathenau, Fortgesetztes Verbrechen. Gerichtssaal Bd. 56. 1899. S. 81—179.

Schütze, Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage. Ztschrft. f. d. ges. StrRW. Bd. 3. 1883. S. 48—110.

Seuffert H., Mitteilungen aus dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für Italien (1887). In der Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Breslau für v. Gneist. Breslau 1888. (Citiert: Seuffert, Entwurf.)

Seuffert H., Anarchismus und Strafrecht. Berlin 1899.

Thomas, Über das Wesen der Idealkonkurrenz und seine Konsequenzen bei der Bestrafung. Dissertation. Freiburg i. Br. 1897. (Citiert: Thomas.)

Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz. Berlin 1893. (Citiert: Wachenfeld.)

## 3. Entscheidungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (Citert: RGE.)

Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. (Citiert: RGR.)

# Inhalts-Übersicht.


Seite

Einleitung: . . . . . 11

I. Abschnitt.

Das Wesen der Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz . . . . . 13

1. Das Wesen der Idealkonkurrenz . . . . . 13

a) Allgemeines . . . . . 13

b) Der Begriff der Handlung . . . . . 15

α) Die vollendete Handlung . . . . . 15

I. Entwicklung des Begriffs „Handlung“ . . 16

II. Die Handlung mit „mehreren Tätigkeiten“ . . . . . 24

III. Der „Erfolg“ insbesondere und die „Tätigkeit mit mehreren Erfolgen“ . . 29

β) Die versuchte Handlung . . . . . 37

γ) Die Unterlassung . . . . . 39

c) Das Wesen der Idealkonkurrenz . . . . . 42

Die Theorien des Zusammentreffens von

α) strafbaren Handlungen . . . . . 43

β) Strafen . . . . . 50

γ) Strafgesetzen . . . . . 51

δ) Elementen oder Bestandteilen von strafbaren Handlungen . . . . . 54

d) Das Wesen der gleichartigen Idealkonkurrenz insbesondere . . . . . 59

2. Das Wesen der Gesetzeskonkurrenz . . . . . 61

3. Ergebnis der theoretischen Untersuchung . . . 64

II. Abschnitt.
Die rechtliche Behandlung der Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz im Reichsstrafgesetzbuch 65
1. Das Reichsstrafgesetzbuch, insbesondere § 73, im Verhältnis zur Gesetzeskonkurrenz . . . . . 65
2. In welcher Weise regelt § 73 des Reichsstrafgesetzbuches den Fall der Idealkonkurrenz? . . 69
a) Die verschiedenen Ansichten . . . . . 69
b) Die eigne Ansicht . . . . . 76
c) Das Verhältnis des § 73 zur „gleichartigen Idealkonkurrenz" insbesondere . . . . . 83
d) Die Bestrafung der idealen Konkurrenz nach geltendem Recht . . . . . 86
III. Abschnitt.
Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz . . . . . 99
1. Würdigung eines allgemeinen Unterscheidungsmerkmals . . . . . 99
2. Die Abgrenzung der Gesetzeskonkurrenz von der Idealkonkurrenz im geltenden Rechte; Arten der Gesetzeskonkurrenz . . . . . 105
Schluss: Vorschläge de lege ferenda . . . . . 114

# Einleitung.

Konkurrenz oder Zusammentreffen von Delikten liegt vor, wenn dieselbe Person mehrere strafbare Handlungen begangen hat, welche noch nicht zur Aburteilung gelangt sind.[1]

Die herrschende Lehre [2] begreift unter dieser Konkurrenz der Verbrechen zwei Fälle:

1. Der Täter begeht durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Delikte: Realkonkurrenz.

2. Der Täter begeht durch eine einzige Handlung mehrere Delikte: Idealkonkurrenz.

Beide Arten der Verbrechenskonkurrenz unterscheidet man:

1. in ungleichartige Konkurrenz, wenn der Täter durch mehrere selbständige oder eine einzige Handlung verschiedene Gesetze verletzt;

2. in gleichartige, wenn der Täter durch mehrere selbständige oder eine einzige Handlung dasselbe Gesetz mehrmals verletzt.

---

1) Dass Delikte verschiedener Personen niemals Konkurrenz begründen, erscheint als zweifellos; Habermaas, S. 1 weist besonders darauf hin.

2) Die folgende Einteilung folgt der herrschenden Meinung. Die Würdigung derselben soll erst später erfolgen.

Versteht somit die herrschende Meinung unter Idealkonkurrenz „Verbrechensmehrheit“ bei Handlungseinheit, so begreift sie unter Gesetzeskonkurrenz diejenigen Fälle der Handlungseinheit, wo zwar formell mehrere Strafgesetze verletzt sind, aber nach dem Sinn und der Bestimmung des Gesetzes nur ein Delikt vorhanden ist.

Die vorliegende Arbeit bezweckt

1. Feststellung der Begriffe: Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz;

2. Darstellung der rechtlichen Behandlung der beiden Begriffe im Reichsstrafgesetzbuch.

Am Schlusse wird zu untersuchen sein, ob es möglich ist, ein allgemeines Unterscheidungsmerkmal zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz zu bestimmen.

## I. Abschnitt.

# Das Wesen der Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz.

## 1. Das Wesen der Idealkonkurrenz.

### a. Allgemeines.

Die Frage nach dem Wesen der Idealkonkurrenz reicht nicht weiter zurück als bis in das Ende des 18. Jahrhunderts. Zwar hatten bereits Karpzow, Ferinacius, Kreitmayr und andere Juristen sich eingehend mit der Bestrafung der Real- und Idealkonkurrenz beschäftigt; allein alle Erörterungen über Strafanwendung mussten unfruchtbar sein, bevor man das Wesen der beiden Konkurrenzen untersucht und erkannt hatte.[1]

Vom Anfange des 19. Jahrhunderts bis auf den heutigen Tag zeigt sich nun in der Lehre von der Verbrechenskonkurrenz derselbe Kampf um römische und deutsche Rechtsanschauungen, wie er in der Lehre von der Schuld zu Tage getreten ist.[2] Die Einen hielten fest an der alten deutschen Erfolgsauffassung

1) So Wachenfeld, S. 6 unten; Heinemann, S. 39. Dies hatte, wie Heinemann ebendort ausführt, die italienische Jurisprudenz, vor allem Clarus, wohl erkannt, ohne jedoch näher auf die Begriffe einzugehen.

2) Vgl. Wachenfeld, S. 1.

des Verbrechens, die nach der Anzahl der Schläge bei der Verwundung die Zahl der begangenen Verbrechen berechnete.[1] Sie nahmen daher im Falle der Idealkonkurrenz eine Mehrheit von Verbrechen an. Andere stützten sich auf den Satz des römischen Rechts: In maleficiis magis voluntas spectatur quam exitus und kamen so zu dem Ergebnisse, dass nicht die Mehrheit der Erfolge allein eine Mehrheit von Verbrechen zu erzeugen vermöge, sondern dass hierzu eine Mehrheit von Tätigkeiten erforderlich sei.

Aus dem Gesagten erhellt, dass die Begriffsbestimmung der Idealkonkurrenz von der Beantwortung mehrerer Vorfragen abhängig ist.

Zunächst ist der Begriff der Handlung zu bestimmen[2], wobei besonders auf den Erfolg einzugehen ist; ferner ist das subjektive Moment des Verbrechens, der Wille, zu berücksichtigen.

Haben wir die Bestandteile des Verbrechens erörtert, so können wir zur Beantwortung der Kernfrage schreiten:

„Ist bei Handlungseinheit Verbrechensmehrheit möglich oder nicht?“

---

1) Z. B. lex Ribuaria I: „Si quis ingenuus ingenuum percusserit, solidum unum culpabilis judicetur. Si bis, duos solidos, si ter, tres solidos.

2) So auch Wachenfeld, S. 12; Heinemann, S. 53. Mehrere Schriftsteller halten eine Definition der Handlung für überflüssig. Vgl. z. B. Schütze in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 3, S. 53, Anm. 1; Habermaas, S. 15; von Liszt, der wenigstens S. 125 die Frage, ob der Erfolg zur Handlung gehöre oder nicht, als einen terminologischen Streit bezeichnet. Neuerdings vertritt denselben Standpunkt Finger, Lehrbuch Bd. I, S. 274.

Die Beantwortung dieser Frage führt uns sodann zu dem Begriffe der Idealkonkurrenz.

### b. Der Begriff der Handlung.

Wie Wachenfeld[1] betont, ist „das Verbrechen ein Ereignis des täglichen Lebens, das von andern sich nur dadurch unterscheidet, dass es auf schuldhaftes menschliches Verhalten zurückzuführen ist."

Das schuldhafte menschliche Verhalten kann in einem Handeln oder einem Unterlassen bestehen. Inwieweit letzteres strafrechtlich relevant ist, soll später geprüft werden.

Das Handeln kann entweder nur dann strafrechtliche Berücksichtigung finden, wenn es mit seinen sämtlichen strafrechtlich bedeutsamen Wirkungen in die Erscheinung getreten ist, oder auch schon dann, wenn diese Wirkungen nicht eingetreten sind. Im ersteren Falle spricht man von der vollendeten, im letzteren von der versuchten Handlung.

#### α) Die vollendete Handlung

Bei der folgenden Untersuchung des Handlungsbegriffs soll die vollendete Handlung zu Grunde gelegt werden, weil diese einmal die hauptsächlichste Erscheinungsform der Handlung bildet, ferner sämtliche Bestandteile des Handlungsbegriffes enthält.

---

1) Wachenfeld, S. 14.

## I. Entwicklung des Begriffes „Handlung".

Handlung ist die durch willkürliches menschliches Verhalten bewirkte Veränderung in der Aussenwelt. Auszuscheiden aus dem Begriffe der Handlung ist demnach die durch unwillkürliche[1] Tätigkeit hervorgerufene Veränderung. So ist z. B. keine Handlung die Zerstörung von Sachen in einem Krampfanfall, die Beleidigung einer Person im Fieber.[2]

Der gegebene Handlungsbegriff enthält nun mehrere Elemente, nämlich:

1. die Tätigkeit;

2. eine Veränderung in der Aussenwelt.

Betrachten wir zunächst diejenige Handlung, bei welcher jedes dieser beiden Elemente nur einmal vorhanden ist.[3]

---

1) Auf die Inkorrektheit der Ausdrücke „willkürlich" und „unwillkürlich" weist Wachenfeld, S. 15, Anm. 1 hin. Jedenfalls sind dieselben in der Literatur so gebräuchlich geworden, dass sie nicht missverständlich sind.

2) In diesem Sinne fast freilich § 51 StrGB. das Wort „Handlung" auf. Auch im Sprachgebrauch bezeichnet man häufig diese Reflexbewegungen als Handlungen. Vgl. Köhler, S. 13. Für den strafrechtlich brauchbaren Handlungsbegriff kommen jedoch diese Reflexbewegungen nicht in Betracht. Mit dem Text: Wachenfeld, S. 16; Finger, Lehrbuch Bd. I, S. 272; v. Liszt, Lehrbuch S. 124; H. Meyer, Lehrbuch S. 141; Reichsgerichtsentscheidung vom 23. Dez. 1889, Bd. 20, S. 146.

3) Freilich lässt sich jede einzelne Tätigkeit, sowie jede Veränderung in der Aussenwelt wieder in unendlich viele Faktoren zerlegen. Allein das Recht operiert nur mit sinnenfälligen Erscheinungen; die Teilung einer einzelnen Tätigkeit, z. B. des Abschiessens einer Pistole, in mehrere Tätigkeiten ist daher rechtlich unzulässig, mag sie auch psychologisch noch so richtig sein.

Die Tätigkeit ist das erste Glied einer Kausalkette.[1] Schiesse ich z. B. eine Pistole ab, so entzündet sich das Pulver, das Geschoss verlässt den Lauf, verdrängt die ihm entgegenstehende Luft u. s. w. Die sämtlichen Glieder dieser Kausalkette sind Wirkungen des jedesmaligen vorangehenden Gliedes und somit mittelbar Wirkungen der Tätigkeit. Es ergiebt sich daher, dass jede Tätigkeit eine unendliche Anzahl von Wirkungen hat, deren jede auf die Tätigkeit als ihre Ursache zurückgeführt werden kann. Von dieser unendlichen Zahl von Wirkungen sind uns nun, schon wenn wir im natürlichen Sinne von den Wirkungen einer Tätigkeit sprechen, nicht alle gleichwertig. Bei dem Abschiessen der Kugel interessiert es uns in der Regel wenig, dass dadurch Luft verdrängt wird, während das Aufschlagen des Geschosses im Ziele uns so wichtig ist, dass wir diese Wirkung als den Erfolg des Schusses bezeichnen. Auch die weiteren Wirkungen des Schiessens, das Eindringen des Geschosses in die hinter dem Ziele liegende Erde etc. sind uns im obigen Falle gleichgültig. Von den Wirkungen einer Tätigkeit haben somit eine oder mehrere eine hervorragende Bedeutung; diese bezeichnen wir als Erfolge der Tätigkeit.

---

1) Allerdings ist auch die Tätigkeit selbst Glied dieser Kette; aber mit ihr beginnt erst der strafrechtlich relevante Abschnitt aus derselben. Ebenso Wachenfeld, S. 16. Die der Tätigkeit vorangehenden Momente bilden keinen Bestandteil der Handlung. Wenn ich von Jemandem sage, er habe auf einen Andern geschossen, so denke ich dabei als Ausgangspunkt der Handlung an die Abgabe des Schusses, nicht etwa an das Laden oder Zielen.

Die natürliche Handlung ist nun aber nicht verschieden von der juristischen, der verbrecherischen Handlung.[1]

Juristische Handlung ist stets natürliches Handeln. Sie beginnt daher mit einer natürlichen Tätigkeit, die ihrerseits Wirkungen hervorruft. Ebenso wie bei der natürlichen Handlung betrachtet das Recht nicht alle Wirkungen alsgleichwertig, sondern bezeichnet diejenigen, die rechtlich relevant sind, als Erfolg im Rechtssine. Wenn z. B. A ein Gewehr auf B anlegt, zielt, abdrückt, und der Schuss losgeht und den B tötet, so ist rechtlich der Beginn der Handlung das Abziehen des Hahnes, während die vorhergehenden Akte für die Handlung als solche[2] bedeutungslos sind.

Von den Wirkungen sind sämtliche bis zum Eindringen der Kugel in den Körper des B rechtlich irrelevant. Relevant ist lediglich die Tötung des B; sie ist der strafrechtliche Erfolg der Tätigkeit des A. Dieser Erfolg ist zwar ebenso eine Wirkung der Tätigkeit wie jede andere; allein die Bedeutung, die ihm das Recht verleiht, hebt ihn über die anderen Wirkungen empor. Er wird daher zutreffend von

1) Das Gegenteil lehrt Binding, Handbuch S. 565: „Was ausserhalb des Rechts Handlung ist oder heisst, ist für dessen Bereich gleichgültig." Dieser Satz ist wohl der Ausgangspunkt der unhaltbaren Lehre von der Mehrheit der Handlungen bei Mehrheit der Kausalitäten Die falsche Prämisse liegt in der Identifizierung von Denkoperationen mit sinnenfälligen Erscheinungen. Mit dem Text Wachenfeld, S. 18; du Mesnil, S. 2 oben; Bünger, Zeitschrift Bd. 8, S. 573: „Handeln im rechtlichen Sinn und natürliches Handeln sind keine heterogenen Begriffe, sondern derselben Begriffsgattung angehörig."

2) Inwieweit sie für das Willensmoment bedeutsam sind, interessiert hier nicht.

Wachenfeld[1] als „die natürliche Wirkung in ihrer rechtlichen Bedeutung“ definiert.

Es ist nun bestritten, welche Glieder der Kausalkette, deren Anfang die Tätigkeit ist, zum Brgriffe der Handlung gehören. Folgende Definitionen sind in dieser Hinsicht aufgestellt worden:

1. Handlung = Tätigkeit.

2. Handlung = Tätigkeit + Zwischenwirkungen, d. h. alle Wirkungen zwischen Tätigkeit und Erfolg.

3. Handlung = Tätigkeit + Zwischenwirkungen + Erfolg.

4. Handlung = Tätigkeit + sämtlichen Wirkungen.[2]

Vorab sei betont, dass es nicht angeht, den Begriff der Handlung aus dem Reichsstrafgesetzbuche abzuleiten; denn dieses verwendet den Ausdruck: „Handlung“ für ganz verschiedene Begriffe.[3]

1) Wachenfeld, S. 19; vgl. auch Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, 1901, S. 112, Anm. 1: . . . „im gewöhnlichen Sprachgebrauche pflegt aus der Gesamtheit der Wirkungen eine, auf deren Betrachtung es uns im Augenblick ankommt, herausgegriffen zu werden, und diese wird Erfolg genannt.“ Vgl. v. Lilienthal, Der Ort der begangenen Handlung im Strafrechte, Festgaben der jur. Fakultät zu Marburg für Wetzell, 1890, S. 253, 254.

2) Die Frage, ob der Wille einen Bestandteil der Handlung bildet, ist erst zu erörtern, nachdem die objektiven Bestandteile festgestellt sind.

3) So umfasst z. B. die Handlung des § 51 StrGB. auch die unwillkürliche Tätigkeit, die nicht Handlung im strafrechtlichen Sinne ist (vgl. S. 16 d. Abhdlg.). Die „Handlungen“ der §§ 68 und 72 sind keine verbrecherischen Handlungen, sondern Amtshandlungen des Richters und der Vollstreckungsbehörden. Nicht ganz unrecht scheint Schütze, Zeitschrift Bd. 3, S. 52, zu haben, wenn er sagt: „Was eigentlich der Gesetzgeber bei seiner Handlung sich gedacht hat, darüber vermag er schwerlich klare Auskunft zu geben.“

Die Verfechter der ersten Definition setzen die Handlung der Tätigkeit gleich und stellen somit die Wirkungen der Tätigkeit ausserhalb des Handlungsbegriffes. So sagt z. B. Oppenhoff:[1] „Die Handlung dauert so lange an, als der Handelnde dabei (körperlich) tätig ist. Alle Veränderungen . . . sind nicht als Teile der Tätigkeit (Handlung), sondern als Erfolge derselben anzusehen". Allein schon der natürliche Sprachgebrauch spricht gegen diese Definition der Handlung; im täglichen Leben bezeichnet man mit „Handlung" wenigstens in der Regel die Tätigkeit mit Einschluss des Erfolges.[2] Andererseits sind strafrechtlich die Erfolge der Tätigkeit stets relevanter als die Tätigkeit selbst; denn die Erfolge führen die Verletzung der Rechtsordnung herbei, nicht die Tätigkeit selbst. Das Strafrecht beurteilt alles nach

---

1) Oppenhoff, Anm. 6 zu § 3. Ähnlich Becker, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts, Leipzig 1859, S. 245.

2) Köhler führt S. 13, Anm. 2 Fälle an, wo man im Sprachgebrauche Handlung gleich Tätigkeit setzt und folgert daraus die Unmöglichkeit der Definition der Handlung. Höpfner, der S. 113 unten die Gleichstellung von Handlung und Tätigkeit als dem wirklichen Sprachgebrauch entsprechend bezeichnet, gibt S. 114 zu, dass „vielleicht das Wort Handlung sogar häufiger in der nicht präzisen Bedeutung verwendet werde als in der präzisen, da man meistens keinen Anlass habe, die Tätigkeit im Gegensatze zu den anderen Elementen des Handlungsbegriffs, insbesondere dem Erfolge, hervorzuheben". S 115 polemisiert Höpfner gegen Wachenfeld, weil dieser S. 23, obwohl er Handlung gleich Tätigkeit setze, von einer Handlung spreche, die den Tod eines Menschen herbeiführe, alo hier offenbar Tätigkeit und Handlung identifiziere. Hiergegen ist zu sagen, dass niemand die Mehrdeutigkeit des Wortes „Handlung" leugnen kann oder läugnet, wie Höpfner S. 114 unten behauptet. Andererseits interpretiert in dem genannten Falle Wachenfeld lediglich den § 1 und § 211 StrGB. und bedient sich dabei natürlich des Wortlauts des Gesetzes.

dem Erfolg und mit Bezug auf den Erfolg; wo nicht mindestens ein naher Bezug auf den Erfolg vorliegt, da hält es sich fern. Die Definition der Handlung als blosse Tätigkeit ist also unhaltbar.[1]

Die zweite Ansicht begreift unter der Handlung die Tätigkeit samt deren Wirkungen mit Ausschluss des Erfolges. Allein erscheint es schon an sich als unlogisch, die unendliche Anzahl von Wirkungen zu trennen in solche, die mit ihrer Ursache zusammen den Handlungsbegriff bilden und in solche, die ausserhalb desselben stehen, so ist es verfehlt, die hervorragendste Wirkung, den Erfolg, von den übrigen loszulösen und ihn der Handlung gegenüberzustellen.[2] [3]

1) Diese Ansicht vertreten u. a. Schütze, Lehrbuch S. 100; Janka, Zeitschrift Bd. 9. S. 510; Meyer, Lehrbuch S. 142; Pflaum, S. 5; Rathenau, Gerichtssaal Bd. 56, S. 86; Bünger, Zeitschrift Bd. 8, S. 525; Heinemann, S. 53. Binding macht von seinem Handlungsbegriff (Tätigkeit und Erfolg) für §§ 73, 74ff. StrGB. eine Ausnahme, S. 574,IV. Hier ist ihm Handlung „der zwischen Entschluss und Erfolg liegende Ausschnitt der Handlung". Köhler definiert ebenfalls S. 13, Anm. 4 für den § 73 Handlung gleich Tätigkeit mit der Begründung: „Wenn es im § 73 heisst, „Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze ... verletzt ...," so kann das Handeln nur als die Tätigkeit selbst aufgefasst werden, denn der Erfolg verletzt nicht, sondern die ihn verursachende Tätigkeit." Allein abgesehen davon, dass es bedenklich erscheint, eine derartige Folgerung aus dem Ausdrucke „Handlung" in § 73 zu ziehen (vgl. S. 19 der Abhdlg., Anm. 3 am Ende), verletzt, wie auch Pfefferle, S. 19, Anm. 4 betont, nicht die Tätigkeit, sondern der Erfolg. — Eingehende Begründung der Ansicht bei Höpfner, S. 113 ff.

2) Mit dem Text Wachenfeld, S. 21, 22; Höpfner, S. 115, 116.

3) Ebenso zu verwerfen ist die S. 19 unter 4) erwähnte Definition der Handlung gleich Tätigkeit und sämtlichen Wirkungen. Denn wenn auch, wie Wachenfeld S. 22 sagt,

Die richtige Ansicht bestimmt die Handlung als die Summe von Tätigkeit, Zwischenwirkungen und Erfolg. Sie deckt sich einmal mit dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens, enthält ferner das strafrechtlich wichtige Erfolgselement, ohne jedoch Bestandteile in sich aufzunehmen, die strafrechtlich irrelevant sind. Unter Ignorierung der bedeutungslosen Zwischenwirkungen können wir somit die Handlung gleich Tätigkeit und Erfolg bestimmen,[1] und erhalten hiermit einen Handlungsbegriff, der die sämtlichen objektiven Momente des Verbrechensbegriffes in sich begreift.

Andererseits darf der Handlungsbegriff keine subjektiven Momente des Verbrechens enthalten; namentlich ist der Wille kein Bestandteil der strafrechtlichen Handlung.

Freilich ist „der Wille für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit unentbehrlich, ohne Willen kein dolus, keine culpa“,[2] allein verfehlt ist hieraus der Schluss: „also ohne Willen keine strafrechtliche Handlung“. Den Anfangspunkt der Handlung bildet, wie früher

---

dagegen vom gewöhnlichen Sprachgebrauch aus nichts einzuwenden ist, so enthält diese Definition Bestandteile, die strafrechtlich bedeutungslos und daher vom strafrechtlichen Handlungsbegriff auszuschliessen sind.

1) Mit dem Text: Wachenfeld, S. 22ff.; v. Lilienthal a. a. O. S. 6ff.; v. Liszt, S. 125: „Der Erfolg bildet einen integrierenden Bestandteil des Handlungsbegriffs“; Wächter, das königlich sächsische und thüringische Straftrecht, Bd. I, 1887, S. 313; Frank § 1, III; Jakobs, S. 13; Binding, S. 565: „Die Handlung ist die Einheit von Willensverwirklichung und Erfolg“; Hälschner, Gem. deutsches Strafrecht Bd. I, S. 183ff. Köhler bezeichnet (ebenso wie Schütze, Zeitschrift Bd. III, S. 53) S. 15, Anm., Tätigkeit und Erfolg als Tat, als objektive Seite eines Tatbestandes; Pfefferle, S. 18, 19.

2) Pfefferle, S. 18.

gezeigt wurde, die Tätigkeit als das erste der in Betracht gezogenen Glieder einer unendlichen Kausalkette. Unpraktisch und unrichtig ist es aber, die Handlung mit einem früheren Gliede dieser Kette, dem Entschlusse, beginnen zu lassen. Unpraktisch wäre es, weil man damit den Beginn der Handlung in einen Vorgang legt, „der sich der Beobachtung völlig entzieht“;[1] unrichtig wäre es, weil die Handlung erst das Resultat des Entschlusses ist. „Der Wille ist eben nur ein Attribut der Körperbewegung, dessen Vorhandensein der Körperbewegung den Charakter als Handlung verleiht“.[2]

Dasselbe gilt von dem zweiten subjektiven Momente des Verbrechens, der Schuld. Das Verbrechen erfordert eine Schuld, die entweder Vorsatz ist, wenn der Täter den Erfolg vorausgesehen hat,[3] oder Fahrlässigkeit, wenn er den Erfolg hätte voraussehen können. Zum Handlungsbegriffe ist jedoch eine solche Beziehung des Willens zum Erfolge nicht erforderlich. Handlung ist auch diejenige Tätigkeit ⊦ Erfolg, bei der das Eintreten des Erfolges von dem Täter weder vorausgesehen wurde noch vorausgesehen werden konnte, d. h. die schuldlose Handlung; z. B. der Wagenführer überfährt ein Kind, das ihm in die Pferde hineinläuft.

---

1) Wachenfeld, S. 25.

2) Köhler, S. 13. Mit dem Text, ausser den Genannten: Herzog, Gerichtssaal Bd 38, S. 242 ff; Schütze, Goltdammers Archiv Bd. 21, S. 165; derselbe, Lehrbuch S. 144; v. Wächter, Goltdammers Archiv Bd. 18, S. 526, 528; v. Liszt, Lehrbuch § 28; Finger, Lehrbuch Bd. I, S. 272, 273; Höpfner, S. 119, 120. Den Entschluss rechnen zur Handlung: Binding, Handbuch Bd. I, S. 566 ff.; Frank, § 1 III, S. 11.

3) Auf das Wesen des Erfolgs kann nicht eingegangen werden.

Treffend bezeichnet daher Wachenfeld[1] das Verbrechen als Handlung + Schuld und stellt das Verbrechen zur Handlung in das Verhältnis von Handlung zur Tätigkeit. Handlung ist somit das Verbrechen, abgesehen von der Schuld.[2]

Die bisher zum Gegenstand der Untersuchung gemachte Handlung war eine solche, wo durch eine Tätigkeit ein Erfolg im strafrechtlichen Sinne hervorgerufen wird. Es ist nunmehr zu prüfen, ob es Handlungen mit mehreren Tätigkeiten und mehreren Erfolgen gibt.

## II. Die Handlung mit „mehreren Tätigkeiten".

Wir sahen oben, dass bei der Handlung durch Körperbewegung (Tätigkeit) eine Kausalkette angeregt wird, deren strafrechtlich bedeutsame Glieder wir Erfolge der Körperbewegung nennen. In den seltensten Fällen ist nun eine einzige Körperbewegung imstande, diese Kausalreihe in Bewegung zu setzen; vielmehr besteht in der Regel die hierzu erforderliche Tätigkeit aus einer Mehrheit von Tätigkeitsakten. Es fragt sich nun: Welches Mass von Körperbewegungen ist zu einer Tätigkeit erforderlich?[3]

Eine grosse Anzahl von Schriftstellern legen dem subjektiven Attribute der Handlung, dem Willen, ent-

1) Wachenfeld, S. 26.

2) du Mesuil bezeichnet S. 12, freilich ohne jede Begründung, diese Definition als „stark paradox".

3) Für die folgende Darstellung ist zu beachten, dass die Mehrzahl der Schriftsteller Handlung und Tätigkeit identifiziert, und dass daher ihre „Handlungseinheit" unserer „Einheit der Tätigkeit" entspricht.

scheidende Bedeutung bei. So sagt z. B. Hälschner:[1] „Wieviele Willensbetätigungen zur Einheit der Handlung zusammenzufassen sind, darüber entscheidet die Absicht des Handelnden". Ähnlich John[2]: „Die Anzahl der Handlungen . . . . bestimmt sich nach der Anzahl der Absichten". Ebenso kommt Höpfner[3] zu dem Resultat: „Hiernach ist das über die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Handlung, etwa einer Tötung, entscheidende Kriterium ein subjektives Moment". Allein diesem subjektiven Attribute der Handlung kann keineswegs entscheidende Bedeutung beigelegt werden. Denn einmal würde es hierdurch gänzlich in die Willkür des Einzelnen gestellt, welche Summe von Körperbewegungen er zu einer Tätigkeit zusammenziehen will. Andererseits ist diese Ansicht praktisch nicht verwertbar, weil es für den Richter in der Mehrzahl der Fälle unmöglich ist, die Einheits- oder Mehrheitsabsicht des Täters festzustellen. Ausserdem führt diese Theorie zu der unhaltbaren Folgerung, bei Mehrheit der Absichten und Einheit der Körperbewegungen eine Mehrheit von Tätigkeiten anzunehmen, die aber als blos gedachte, ideelle Tätigkeiten für das Recht, das nicht mit Begriffen, sondern mit Wirklichkeiten operiert, nicht in Betracht kommen.[4] „Das entscheidende Gewicht für die Annahme der Einheitlichkeit kann somit nicht

1) Hälschner, S. 655.

2) John, a. a. O. S. 129.

3) Höpfner, S. 213.

4) Dieser Fehler, in den, freilich mit anderer Begründung, Binding verfällt, ist erst bei der „Tätigkeit mit mehreren Erfolgen" sub III zu besprechen.

darauf gelegt werden, dass die einzelnen Akte der gesamten Tätigkeit einen und denselben Zweck verfolgen".[1]

Dass die Zeit nicht entscheidend sein kann, ist einerseits schon deshalb erwiesen, weil dadurch dieselbe Unbestimmtheit und Unsicherheit wie durch das subektive Moment in das Rechtsleben hineingetragen wird. Andererseits hat Wachenfeld[2] nachgewiesen, dass zeitlich nahe aufeinander folgende Akte mehrere Tätigkeiten bilden, andererseits zeitlich von einander getrennte Akte zu einer Tätigkeit verbunden sein können.[3]

Die richtige Ansicht lässt das Mass derjenigen Körperbewegungen entscheiden, „die sich unter den gesetzlichen Begriff der verbrecherischen Tätigkeit subsumieren lassen"[4] oder „die erforderlich sind, die zum Erfolge führende Kausalkette anzuregen".[5 6] Wenn

1) RGE. Bd. 32, S. 385. Ähnlich RGE. Bd. 4, S 190; Hiller, Gerichtssaal Bd. 32, S. 210, weist darauf hin, dass die „Absicht des Handelnden nur insoweit entscheidend sei, als sie auf ein gesetzlich so oder so qualifiziertes Tun gerichtet sei. Treffende Abweisung findet die Ansicht bei Wachenfeld S. 28, 29 und Köhler, S. 25, Anm. 1.

2) Wachenfeld, S. 27. Ebenso mit längerer Ausführung Köhler S. 24, Anm. 2.

3) Wenn Oppenhoff S. 218, Note 2 sagt: „Für den Begriff der Einheitlichkeit (Selbständigkeit) der Handlung erscheint ... die rechtliche Natur des Angriffsobjekts und die einheitliche Beschaffenheit des Tuns, insbesondere der Willensrichtung des Angeklagten von entscheidender Bedeutung", so will er anscheinend hiermit dem Richter zur Bestimmung der Einheit der Tätigkeit eine praktische Handhabe bieten; ob ihm dies freilich gelungen ist, erscheint mir als zweifelhaft.

4) Wachenfeld, S. 24.

5) Derselbe S. 25. Zu bemerken ist, dass hier nur von einem Erfolge die Rede ist. Die Tätigkeit mit mehreren Erfolgen wird sub III behandelt werden.

6) Gegen diese Ansicht wenden sich mehrere Schriftsteller

z. B. die §§ 211 ff. die Tötung eines Menschen verbieten, so besteht die zur Erfüllung dieses Tatbestandes erforderliche Tätigkeit aus der Summe derjenigen Körperbewegungen, die notwendig waren, um den Erfolg, den Tod des Menschen, herbeizuführen.

unter Heranziehung des von Wachenfeld S. 27 unten ff. angeführten Beispiels. du Mesnil sagt z. B. S. 17: „Grabe ich heute am Deiche nach Regenwürmern und morgen in der Absicht, den Damm zu durchstechen, also eine Überschwemmung herbeizuführen, weiter, so würde nach der angeführten Ansicht meine diesbezügliche Tätigkeit schon heute anfangen, damit heute auch schon der Beginn des Delikts zu konstatieren sein“ Freilich ist der Anfang der Handlung das Graben, gleichgültig zu welchem Zwecke; denn objektiv ist diese Tätigkeit geeignet, den in § 321 StrGB. mit Strafe bedrohten Erfolg herbeizuführen. Allein damit ist noch nicht der Anfang des Delikts gegeben; denn dieses setzt schuldhafte Tätigkeit voraus. Dass aber in dem Graben nach Regenwürmern — von der Frage nach Fahrlässigkeit sehe ich ab — kein schuldhaftes Handeln liegt, ist zweifellos. du Mesnil beachtet eben nicht den Unterschied zwischen Delikt und Handlung. — Auch nach Höpfner, S 211 ff. „wird es nicht viele geben, die geneigt sein möchten, das Graben der Höhlung als Bestandteil der die Verursachung einer Überschwemmung bezweckenden Handlung der Durchstechung des Dammes anzusehen“. Höpfner bestreitet, dass die kausale Beziehung zwischen den einzelnen Akten der Tätigkeit und dem eingetretenen Erfolg das über die Zugehörigkeit der einzelnen Akte Entscheidende ist. Er meint S. 212, der Mensch komme hinsichtlich der Vornahme der Körperbewegung als denkendes und wollendes Wesen in Betracht und folgert hieraus (S. 212) das Irrtümliche der Ansicht, dass der Begriff der Handlung kein subjektives Moment enthalte. Allein diese Folgerung ist, wie schon oben bei der Würdigung der subjektiven Theorie gezeigt wurde, unrichtig. Wenn Höpfner sogar S. 213 die Bemerkung Wachenfelds (S. 28 unten), „die subjektive Theorie versage, sobald man es mit fahrlässigen Delikten zu tun habe“, benutzt, um den Vorsatz und die Fahrlässigkeit in den Handlungsbegriff hineinzuziehen, so begeht er denselben Fehler wie du Mesnil; auch er verwechselt Verbrechen und Handlung.

Bei dem Giftmorde durch kleinere Dosen Gift ist somit die Beibringung einer jeden Dosis ein Akt der den Erfolg des § 211 StrGB. herbeiführenden Tätigkeit. Der Anfang dieser Tätigkeit liegt in der Beibringung der ersten Dosis Gift. Sie regt die zum Tode des Opfers führende Kausalreihe an. Die späteren Verabreichungen des Giftes regen keine neuen Kausalketten an, sondern verstärken gewissermassen nur die erste angeregte Reihe, ebenso wie jemand z. B. ein Fass durch einmaligen Antrieb ins Rollen bringt und dann weiter auf dasselbe einwirkt, um es zu einer bestimmten Stelle hin zu befördern.

Gehören somit „zur Einheit der Handlung diejenigen Tätigkeitsakte, welche sich zur einmaligen Herbeiführung einer Gesetzesverletzung vollziehen“,[1] so kann, da der Erfolg den Tatbestand des Verbrechens gewissermassen verkörpert, nur vom Gesichtspunkt des Erfolgs entschieden werden, welche Akte (Körperbewegungen) zu einer Tätigkeit zu rechnen sind.

Andererseits bewirkt aber eine dieses erforderliche Mass überschreitende Summe von Körperbewegungen keine Mehrheit von Tätigkeiten. Wenn bei dem oben zitierten Giftmorde der Mörder seinem Opfer nach und nach soviel Gift beigebracht hat, dass der Tod unfehlbar eintreten muss, und er hierauf dem Sterbenden noch eine Dosis gibt, so hat er nur einmal diejenige Tätigkeit vorgenommen, die erforderlich ist, um den Tatbestand des Mordes zu erfüllen. Der überschüssige Teil der Tätigkeit bleibt ausser Betracht, ebenso wie es für denjenigen, der das Fass an eine

1) Köhler, S. 24.

bestimmte Stelle bringen will und demselben kurz vor dem Ziele noch einen Stoss gibt, irrelevant ist, ob das Fass einige Meter über die bestimmte Stelle hinausrollt. Die überschiessende Tätigkeit bildet lediglich einen Teil der Gesamttätigkeit.[1] [2]

## III. Der „Erfolg" insbesondere und die „Tätigkeit mit mehreren Erfolgen".

Wir definierten den Erfolg im strafrechtlichen Sinne als die „natürliche Wirkung in ihrer strafrechtlichen

1) Höpfner versucht S. 210, Anm. 2 die Wachenfeld'sche Ansicht als „unklar" darzustellen. Er beruft sich darauf, dass Wachenfeld S. 31 die Tätigkeit einmal als „die zur Herbeiführung des Erfolges nötige Summe von Körperbewegungen", andererseits „als die Gesamtheit aller zum Erfolge hinführenden Körperbewegungen" bestimme. Allein Wachenfeld legt Wert darauf, dass sowohl die Körperbewegung ursächlich als dass sie notwendig ist.

2) Diese Einheit der Tätigkeit im juristisch-strafrechtlichen Sinne ist stets eine Tätigkeitseinheit im natürlichen Sinne. Das Herbeiführen des Todes durch Beibringung einzelner Dosen Gift, durch mehrere Schläge, die Beleidigung einer Person durch eine Flut von Schimpfworten betrachtet die natürliche Anschauungsweise als eine einzige Tätigkeit. Dieser „natürlichen" Handlungseinheit hat man nun aber eine juristische Handlungseinheit gegenübergestellt, d. h eine solche, welche sich aus mehreren natürlichen Handlungseinheiten zusammensetzt. Allein eine derartige juristische Handlungseinheit gibt es nicht. Freilich kann das Gesetz mehrere natürliche Handlungseinheiten bei der Bestrafung zusammenfassen und mit einer Strafdrohung belegen. Dies tut es in Wirklichkeit oft. Man denke nur an die Gewohnheits-,Gewerbemässigkeit, an die „unzüchtigen Handlungen" der §§ 174 und $176_1$, das Nachmachen von „Geld" im § 146, endlich an das „fortgesetzte Verbrechen". Allein hier liegt lediglich Deliktseinheit vor, und es ist durchaus fehlerhaft, diese Deliktseinheit als eine juristische Handlungseinheit zu bezeichnen. Vgl. besonders Höpfner, S. 204ff., vor allem S. 206.

Bedeutung". Zunächst leugnen mehrere Schriftsteller, dass der strafrechtliche Erfolg eine natürliche Wirkung sei. Sie betrachten den Erfolg als die Verletzung eines Rechtsguts, sei es nun des Rechtsguts in abstracto oder eines konkreten. Die Ansicht, der Erfolg enthalte die Verletzung eines abstrakten Rechtsguts, die von Köstlin[1] begründet worden ist, hat in der Literatur nirgends Verteidiger gefunden; sie kann daher übergangen werden. Als Verletzung eines konkreten Rechtsguts wird der Erfolg von Binding[2] bezeichnet. Er definiert Rechtsgut als „alles, an dessen unveränderter und ungestörter Erhaltung das positive Recht nach seiner Ansicht ein Interesse hat, was es deshalb durch seine Normen vor unerwünschter Verletzung oder Gefährdung zu sichern bestrebt ist".[3] Allein „Rechtsgut" ist ein Begriff, dem Wirklichkeit nicht zukommt. Die Handlung dagegen ist etwas Reales, Greifbares, also muss auch der Erfolg, der einen Bestandteil der Handlung bildet, etwas Sinnenfälliges, also eine natürliche Wirkung sein.

Es fragt sich nun weiter: Bringt jede Tätigkeit natürliche Wirkungen hervor, enthält somit jede Handlung einen strafrechtlichen Erfolg?

Wenn wir früher einerseits die Handlung als einen Teil des Verbrechens bezeichneten, andererseits behaupteten, dasjenige objektive Moment, welches die Strafbarkeit des Verbrechens herbeiführe, sei der Erfolg,

1) Köstein, System des deutschen Strafrechts, Bd. I, S. 3, 119ff. (citiert bei Wachenfeld, S. 31).

2) Binding, Handbuch S 531 ff. Ihm schliessen sich an: Habermaas und du Mesnil, S. 19, 20, sowie Pfefferle, S. 24 ff.

3 Binding, ebendort, S. 169.

so haben wir damit die gestellte Frage bereits bejaht. Gleichwohl unterscheiden viele Schriftsteller die Verbrechen in Erfolgsverbrechen oder Materialdelikte, bei denen die eingetretene Veränderung in der Aussenwelt eine Strafe herbeiführt, und in Nichterfolgsverbrechen oder Formaldelikte, bei denen ein Erfolg nicht vorhanden ist.[1] Als Beispiel eines solchen Formaldelikts führt Beling[2] die Widerstandsleistung gegen die Staatsgewalt des § 113 StrGB. an. In diesem Tatbestand des Gesetzes ist allerdings der Erfolg nicht so deutlich erkennbar als z. B. bei der Tötung oder Körperverletzung; aber gleichwohl ist er vorhanden. Die bei der Widerstandsleistung angewandte Tätigkeit, die etwa in dem gewaltsamen Versuch bestehen kann, sich loszureissen, erzeugt natürliche Wirkungen. Solche sind z. B., abgesehen von der Luftverdrängung, das Wahrnehmen der Tätigkeit des Losreissens durch den Beamten, dessen zum Festhalten des Täters erforderliche Muskelanspannung u. s. w. Die Summe dieser natürlichen Wirkungen, die in jedem Einzelfalle eine verschiedene ist, bilden den strafrechtlichen Erfolg, den Tatbestand der Widerstandsleistung.[3] Treffend sagt v. Liszt:[4] „Es ist durchaus nicht unrichtig, den Erfolg als die sinnfällige Veränderung in der Aussenwelt zu bezeichnen". Wenn ich z. B. jemand be-

1) Für die Unterscheidung sind: Frank, S. 10 unten; Meyer, Lehrbuch S. 27; Becker, S. 244 ff.; Beling, S. 18; Finger, Bd. I, S. 103 ff., vor allem S. 106.

2) Beling, ebenda, S. 18.

3) Es können daher, ebenso wie mehrere Körperbewegungen eine Tätigkeit, mehrere Wirkungen einen Erfolg bilden.

4) v. Liszt, Lehrbuch S. 125.

leidige, so ist der Erfolg meiner Tätigkeit dasjenige Glied in der Kausalkette, welches meine Worte zur Wahrnehmung des Beleidigten bringt. Dies ist freilich ein Vorgang in der Innenwelt; allein „die Innenwelt des andern gehört zu meiner Aussenwelt".[1]

Schwierigkeiten bei Nachweis des Vorhandenseins eines Erfolgs bereiten auf den ersten Blick die sogenannten „Gefährdungsdelikte". So wird z. B. nach § 5 des Gesetzes gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juni 1884 „mit Zuchthaus bestraft, wer vorsätzlich durch Anwendung von Sprengstoffen Gefahr für das Eigentum . . . . eines Anderen herbeiführt".

Aber auch hier fehlt der Erfolg keineswegs. Die Tätigkeit, welche der § 5 voraussetzt, besteht in der Regel in dem Legen der Dynamitbombe. Die natürlichen Wirkungen dieser Tätigkeit bildet das allmähliche Weiterglimmen der Zündschnur. Diese natürlichen Wirkungen fasst das Recht unter den strafrechtlichen Erfolg der Gefahr, d. h. der nahen Möglichkeit des Eintritts der Verletzung, zusammen. „Auch die Gefahr ist somit ein Erfolg, ein in der Aussenwelt eingetretener Zustand".[2]

Es ist nunmehr die Frage zu untersuchen, ob es Handlungen mit mehreren Erfolgen gibt.

Durch die Tätigkeit wird eine Kausalkette angeregt.[3]

1) v. Liszt, Lehrbuch, 10. Aufl., S. 103, Anm. 3.

2) v. Liszt, S. 126. Freilich erhält, wie v. Liszt weiter bemerkt, „dieser Erfolg seine Bedeutung nur durch seine Beziehung auf einen andern, von uns ins Auge gefassten, nicht eingetretenen Erfolg".

3) Niemals mehrere; hierauf ist jedoch erst später einzugehen.

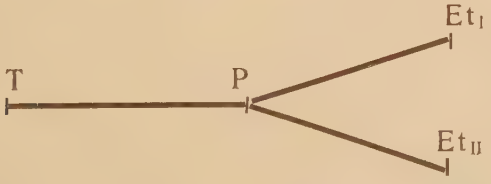
Es kann nun diese Kausalreihe eine einheitliche bleiben oder sich an einem Punkte in mehrere Teilketten spalten.

Der einfachste Fall ist gegeben, wenn die mehreren Wirkungen (Erfolge) aufeinanderfolgende Glieder einer einheitlichen Kausalkette sind; z. B.: A schiesst auf den B, der hinter einer Fensterscheibe sitzt. Die Kugel durchbohrt die Scheibe (I. Erfolg) und verletzt den B (II. Erfolg).

Graphisch dargestellt:

T = Tätigkeit; $E_s$ = Erfolg der Sachbeschädigung; $E_k$ = Erfolg der Körperverletzung.

Die Kausalreihe kann sich aber auch an irgend einem Punkte spalten und in mehreren Zweigreihen Wirkungen (Erfolge) hervorrufen. Z. B.: A legt eine Dynamitbombe. Dieselbe platzt und tötet zwei Menschen. Bezeichnen wir die Tätigkeit mit T, das Platzen der Bombe mit P, den doppelten Erfolg der Tötung der beiden Menschen mit $Et_I$ und $Et_{II}$, so erhalten wir folgendes Bild:




Schliesslich kann die Trennung in mehrere Zweige ganz am Anfange der Kausalreihe liegen. A beschimpft durch ein Schimpfwort den B, C und D. Das beleidigende Wort erregt Schallwellen, die sich von dem Sprechenden aus strahlenförmig nach allen Seiten aus-

breiten. Diejenigen Glieder der Kausalkette, welche die Schallwellen zu dem Ohre des B, des C und des D bringen, enthalten die Erfolge der Tätigkeit des A. Graphisch dargestellt:

T = Tätigkeit, $E_B$, $E_C$, $E_D$ = Wahrnehmung der beleidigenden Äusserung durch B, C und D.

In allen diesen Fällen wird durch eine Tätigkeit eine Kausalkette angeregt, welche mehrere strafrechtliche Erfolge enthält. Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, dass eine Handlung mehrere Erfolge enthalten kann.

Die Behauptung, dass eine Tätigkeit stets nur eine Kausalität hervorrufe, wird von Binding bestritten. Er behauptet, „jeder verbrecherische Erfolg bedürfe seiner eigenen Kausalität.“ [1] „Die Ursache bildet mit ihrem Erfolge ein untrennbares Ganzes: soviel juristisch verschiedene Erfolge eintreten, soviel Ursachen derselben müssen vorhanden sein“.[2] „Die Selbständigkeit zweier Handlungen wird also durch das Mass der Identität ihrer Bedingungen in keiner Weise beeinträchtigt.“ [3] Allein diese Ansicht ist unhaltbar. Denn

1) Binding, Handbuch S. 567.

2) Binding, Handbuch S. 568.

3) Derselbe, ebendort, S. 569. Derselben Ansicht ist v. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, S. 107 und Gerichtssaal Bd. 41, S. 435. Gegen die von diesen vertretenen Ansicht sind: Hälschner, S. 657, Note 1; Hiller, Gerichtssaal Bd. 32, S. 200; Meyer, Lehrbuch S. 435; Olshausen, § 73, Note 2; Ortmann, Goltdammers Archiv Bd. 35, S. 33; Schütze, Zeitschrift Bd. 3, S. 64.

„ist nur eine Tätigkeit zu konstatieren, dann ist auch das Resultat derselben ein einheitliches, dann liegt nur eine Kausalkette vor.“ [1] Jedes Glied der Kausalkette ist das Resultat, die Wirkung des vorhergehenden Gliedes; nicht aber ist jedes Glied das Resultat (die Wirkung) eines diesem Gliede entsprechenden Teiles der Tätigkeit.

Der obige Fehler zwingt nun Binding weiter dazu, die Anzahl der Erfolge bestimmend sein zu lassen für die Anzahl der Tätigkeiten. Er schafft sich jedoch hierdurch einen Begriff der Einheit der Tätigkeit (von seinem Standpunkt aus der Handlungseinheit), der juristisch völlig unbrauchbar und daher auch allseitig entschieden abgelehnt worden ist.[2] Binding nimmt z. B. bei dem Beischlaf eines verheirateten Mannes mit seiner Schwester, weil eine Mehrzahl von Erfolgen vorhanden ist, eine Mehrheit von Kausalitäten und damit eine Mehrheit von Tätigkeiten an. Das Fehlerhafte dieser Folgerung liegt in der Verwechselung von Begriff und Wirklichkeit. „Binding übersieht, dass die in unserem Denken vorgenommene Operation etwas ganz anderes ist als das tatsächliche Geschehen selbst. Ehebruch und Blutschande sind durch Abstraktion geschaffene Begriffe, welchen . . . keine Wirklichkeit zukommt ausser in unserm Denken. Es ist daher völlig verfehlt, von einer Ursache des Ehebruchs oder des

1) Wachenfeld, S. 38.

2) Auf diesen Begriff der Binding'schen Handlungseinheit kann erst hier eingegangen werden, weil Binding auf Grund der Kausalität zu demselben gelangt, und somit der Begriff Bindings das Vorhandensein einer Handlung mit mehreren Erfolgen voraussetzt.

Incestes zu sprechen; da das Kausalgesetz nur auf Erscheinungen der Sinnenwelt anwendbar ist.[1] [2]

Es ist noch zu prüfen, ob jeder strafrechtliche Erfolg einer speziellen natürlichen Wirkung entspricht, oder ob eine natürliche Wirkung mehrere strafrechtliche Erfolge darstellen kann. Nehmen wir das Beispiel des Ehebruchs eines Mannes mit seiner Schwester. Die natürliche Wirkung der bei dieser Handlung entwickelten Tätigkeit ist die copula carnalis. Diese natürliche Wirkung ist nun rechtlich in ver-

1) Heinemann, S. 64. Ebenso das Reichsgericht, E. Bd. 21, S. 64: „Wenn schon vom Standpunkt der natürlichen Betrachtung aus nur eine einzige Körperbewegung, z. B. ein Stoss, ein Schlag vorliegt, kann eine Mehrheit von rechtlich selbständigen Handlungen überhaupt nicht in Frage kommen." Ebenso RGE. Bd. 32, S. 138; v. Liszt, Zeitschrift Bd. 6, S. 694; derselbe, Lehrbuch S. 236, Anm. 1; v. Schwarze, Gerichtssaal Bd. 34, S. 593: „Der Erfolg gibt der Tat ihren rechtlichen Charakter, aber die Mehrheit der Erfolge zerlegt noch nicht die Tat in mehrere selbständige Handlungen. Erfolge, Wirkungen etc. sind nicht die Tat selbst;" Beling, S. 43 ff.; Höpfner, S. 169, Anm. 11. Selbst die Anhänger Bindings folgen ihn in diesem Punkte nicht. Habermaas sagt z. B. S. 15: „man kann nicht blos von einer scheinbar einheitlichen Handlung sprechen, sondern muss eine wirklich einheitliche Handlung annehmen." Ebenso Finger, S. 372, Anm. 477: „Der Schluss von mehreren Verbrechen auf mehrere Handlungen (Binding, Handbuch I, S. 566) ist .... unzutreffend." Unklar ist Bünger S. 695: „So viele verschiedene strafrechtlich relevante Erfolge eines Handelns vorliegen, so viele strafrechtliche Handlungseinheiten liegen vor."

2) Binding bezeichnet S. 567, Anm. 7 den Standpunkt v. Liszts und somit auch unsern als „krass realistisch" und fragt, wie es von diesem Standpunkt aus zu vermeiden sei, dass mehrere Schläge in Körperverletzungsabsicht mit je einem verletzenden Erfolg mehrere Verbrechen darstellen. Allein es ist doch nicht angängig, denjenigen Standpunkt krass realistisch zu nennen, der sich gegen die Verwirrung der Rechtswissenschaft durch „ideale Wirklichkeiten" verwahrt.

schiedener Weise qualifiziert. Die copula ist vollzogen 1. an einer Ehefrau, 2. an der Schwester des Täters. v. Buri nimmt in diesem Falle nur einen rechtlichen Erfolg an, weil nur eine Kausalität vorhanden ist. Demgegenüber sprechen andere von einer Mehrheit von rechtlichen Erfolgen bei Einheit der natürlichen Wirkung.[1] Diese Ansicht ist die richtige. Zwar könnte man gegen dieselbe einwenden, dass damit der Binding'sche Fehler der „ideellen Handlungseinheit" von uns bei Definition des Erfolges gemacht würde, indem wir die eine natürliche Wirkung in mehrere Erfolge zerlegten. Allein es ist zu berücksichtigen, dass gerade der Erfolg die Handlung zur objektiv strafbaren Handlung stempelt. Wenn aber das Recht diese eine natürliche Wirkung von mehreren Gesichtspunkten aus betrachtet und für jeden dieser Gesichtspunkte in Verbindung mit der Tätigkeit einen besonderen Verbrechenstatbestand aufstellt, so hindert nichts, von mehreren rechtlichen Erfolgen in einer natürlichen Wirkung zu sprechen. Fehlerhaft wäre es nur, wenn man mit Binding hieraus eine Mehrheit von Tätigkeiten und sogar eine Mehrheit von Verbrechen herleiten wollte.

### β. Die versuchte Handlung.

Ebenso wie die vollendete Handlung enthält auch die versuchte zunächst eine Tätigkeit als Anregerin

1) Mit dem Text: Wachenfeld, S. 32; Köhler, S. 33, auch Anm. 1 daselbst; Schütze, Zeitschrift Bd. 3, S. 64; Hiller, Gerichtssaal Bd. 32, S. 201.

einer Kausalkette, ferner Wirkungen, welche Glieder dieser Kausalreihe sind. Von der vollendeten Handlung unterscheidet sie sich nicht ihrer Qualität nach, sondern lediglich quantitativ, insofern als diejenigen Glieder, welche den oder die strafrechtlichen Erfolge der vollendeten Handlung enthalten, nicht vorhanden sind, weil die Kette vor Eintreten dieser Wirkungen durch irgendwelche Umstände zerrissen ist. Ebenso wie die vollendete wird die versuchte Handlung zum Verbrechen erst durch das Hinzutreten der Schuld; allein auch bei der versuchten Handlung ist es zum mindesten überflüssig, das subjektive Willensmoment in die Definition derselben hineinzutragen. Dies tut unter Abweichung von der allgemeinen Definition der Handlung Wachenfeld:[1] „Anfang der Ausführung bedeutet die Umsetzung des Geplanten in die Tat. Dabei setzt es voraus, dass der Handelnde die verursachende Tätigkeit in seine Vorstellung aufgenommen hat. Insofern wird, während unser Handlungsbegriff nur objektive Momente enthält, auch ein subjektives hineingezogen". Gleich darauf sagt er aber:[2] „Die Strafe ... wird nur verhängt, wenn Veränderungen in der Aussenwelt hervorgerufen sind". Diese Veränderungen, deren Summe den strafrechtlichen Erfolg des versuchten Verbrechens bilden, sind diejenigen Glieder der angeregten Kausalreihe, welche die nahe Gefahr des Eintritts des vollendeten Verbrechens enthalten. Sie sind bei Nichteintritt der weiteren Wirkungen der Erfolg der versuchten Hand-

1) Wachenfeld, S. 39.
2) Derselbe, S. 40.

lung.[1] Auch die versuchte Handlung ist somit = Tätigkeit + Erfolg.

### γ. Die Unterlassung.

Im Gegensatze zur Handlung besteht die Unterlassung in der Nichtvornahme von Körperbewegungen. Während nun nirgends geleugnet wird, dass eine Tätigkeit Wirkungen hervorruft, ist es eine der bestrittensten Fragen, ob die Unterlassung kausal sein kann, d. h. ob durch Nichtvornahme von Körperbewegungen Wirkungen hervorgerufen werden können.[2] Es ist jedoch nicht Aufgabe dieser Arbeit, die Frage nach der Kausalität der Unterlassung zu prüfen. Meines Erachtens ist, wie v. Liszt[3] sagt, die Streitfrage eine rein terminologische. Die Unterlassung setzt eine Nichtvornahme von Körperbewegungen voraus. Die zu beantwortende Frage darf nun nicht lauten: „Wann ist Unterlassung = Handlung?“[4] sondern: „Wann steht strafrechtlich die Unterlassung der Handlung gleich?“ Und die Antwort ist: „Wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht“. Zu prüfen ist

1) Diese Auffassung beruht auf der Darstellung v. Liszts, der S. 202 sagt: „Das Wesen des Versuchs liegt .... in der Beziehung des Geschehenen auf ein Nichtgeschehenes..... Diese Beziehung muss objektiv gegeben sein in der Möglichkeit, sei es des Erfolgseintritts, sei es der Verwirklichung der übrigen Tatbestandsmerkmale, mithin in der Gefährlichkeit der Willensbetätigung.“

2) Vgl z. B. Schütze, Zeitschrift Bd. 3 S. 65: „Das Wappen der Kriminalistik unseres Jahrhunderts ist ein Kleeblatt gewesen mit den Blättern: Urheberschaft, Tatbestand und — Kausalität.“

3) v. Liszt, S. 137.

4) So Köhler, S. 19; Binding, Handbuch Bd. I, S. 167.

nicht die Kausalität, sondern die Rechtswidrigkeit der Unterlassung.[1] Der Unterschied zwischen der Handlung und der Unterlassung besteht, wie Wachenfeld[2] ausführt, nur darin, dass bei der Handlung die Rechtspflicht zum Tun grundsätzlich als vorhanden angenommen wird, bei der Unterlassung hingegen diese Rechtspflicht in jedem einzelnen Falle nachgewiesen werden muss.[3]

Dass aber die Behandlung der rechtswidrigen Unterlassung keine andere ist als die der Handlung, sei an einigen Beispielen gezeigt. Man teilt die Unterlassungsdelikte ein in sogenannte Omissivkommissivdelikte, bei denen die rechtswidrige Nichhinderung eines Erfolges unter Strafe gestellt ist, und in sog. reine Unterlassungsdelikte, bei denen das Gesetz das Unterlassen einer bestimmten Tätigkeit mit Strafe bedroht. Bei beiden Arten fehlt es jedoch nicht an dem für die Bestrafung eines Delikts notwendigen Erfolge.

Als Beispiel eines sog. Omissivkommissivdelikts diene folgendes: A ist operiert worden. Nach einiger Zeit beginnt die Wunde zu bluten. Der Krankenwärter bemerkt dies nicht, da er sich um den Kranken nicht

1) So v. Liszt, S. 137; ebenso Wachenfeld, S. 49, bes. in der Anmerkung; Frank, S. 14, VI: „Nur die rechtswidrige Unterlassung begründet eine strafrechtliche Verantwortung." Auch Finger, Lehrbuch Bd. I, vertritt im wesentlichen diesen Standpunkt.

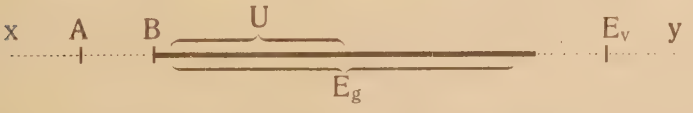
2) Wachenfeld, S. 49.

3) Dass die Bejahung der Rechtspflicht die Unterlassung noch nicht zum Verbrechen macht, folgt aus der Entwicklung des Handlungsbegriffs. Der Bahnwärter, der die Rechtspflicht hat, das Geleise zu revidieren und dies unterlässt, begeht kein Verbrechen, wenn die Unterlassung kasuell, schuldlos ist. Die Schuldfrage scheidet also auch hier völlig aus.

kümmert. A stirbt an Verblutung. Der Erfolg der rechtswidrigen Unterlassung des Krankenwärters, den Blutverlust zu hemmen, ist der Tod des A. Graphisch dargestellt, stellt sich die rechtswidrige Unterlassung so dar:

x y = Kausalkette; O = Operation; B = Beginn der Verblutung; U = rechtswidrige Unterlassung des Krankenwärters; dieselbe dauert von B an bis zu dem Momente, wo E unvermeidlich ist; E = Erfolg, Tod des A.

Aber auch die sog. echten Unterlassungsdelikte, bei denen nach der herrschenden Meinung die Unterlassung ohne Rücksicht auf einen Erfolg strafbar macht, enthalten einen strafrechtlichen Erfolg. Wenn z. B. § 139 StrGB. denjenigen mit Strafe bedroht, der es unterlässt, von einem der dort genannten Verbrechen, von dem er glaubhafte Kenntnis erhält, Anzeige zu machen, so besteht die Unterlassung nicht nur in der Nichtanzeige des Verbrechens, sondern sie enthält zugleich Wirkungen dieser Untätigkeit. Diese liegen in der nahen Gefahr des Eintritts des beabsichtigten Verbrechens. Ihre Gesamtheit bildet den strafrechtlichen Erfolg des Delikts des § 139. Graphisch dargestellt:




x y = Kausalkette; A = Entschluss des Dritten, das Verbrechen zu begehen; B = Kenntnisnahme des Täters des § 139 von diesem Entschluss; U = Nichtanzeige; $E_g$ = Erfolg des § 139: die nahe Gefahr des

Eintritts des beabsichtigten Verbrechens. (Dass dieser sich zum Teil mit der Unterlassung deckt, ist selbstverständlich. Denn von dem Zeitpunkt der erlangten Kenntnis an beginnt die von dem Täter des § 139 zu berücksichtigende Gefahr, dass das Verbrechen begangen wird. Andererseits bleibt die rechtswidrige Unterlassung bis zur Begehung des Verbrechens bestehen.) $E_V$ = Eintritt eines der in § 139 benannten Verbrechen.

Somit finden sämtliche Regeln, welche wir für die Handlung aufgestellt haben, auf die Unterlassung entsprechende Anwendung. Im folgenden ist daher unter Handlung stets die strafrechtlich bedeutsame Unterlassung mitbegriffen.[1] [2]

### c. Das Wesen der Idealkonkurrenz.

Nach Feststellung der Begriffe: „Handlung", „Handlungseinheit", „Erfolg" und „Verbrechen" ist es

---

1) Wachenfeld weist S. 51, Anm. 1 noch darauf hin, dass schon nach den Motiven zu § 1 StrGB. unter Handlung auch die Unterlassung zu verstehen ist. Vgl. auch Frank, S. 11,2.

2) Köhler behandelt am Schlusse seiner Entwicklung des Handlungsbegriffs S. 20 die Frage, ob das Strafgesetzbuch unter den Handlungsbegriff auch denjenigen Erfolg begreift, welcher vom Willen des Handelnden nicht umschlossen wird. Hier tritt wieder die unhaltbare Ansicht zu Tage, welche den Willen für einen Bestandteil der Handlung erklärt. Wenn z. B. das Strafgesetzbuch im § 224 die Körperverletzung mit tödlichem Ausgang als einen Verbrechenstatbestand aufstellt, so besteht die Handlung des § 224 aus Tätigkeit + Erfolg der Körperverletzung + Erfolg des Todes. Ob die Herbeiführung des Todes vom Willen des Handelnden umfasst sein muss oder nicht, ist eine Frage, die erst bei der Entwicklung des Verbrechensbegriffs zu beantworten wäre. Die Entwicklung des Handlungsbegriffs bietet, weil losgelöst von dem Entschluss zu einer solchen Untersuchung keinen Anlass.

möglich, zu einer befriedigenden Begriffsbestimmung der Idealkonkurrenz zu gelangen. Dieselbe liegt, wie schon S. 11 erwähnt, vor, wenn eine Person eine Handlung begangen hat, die den Tatbestand mehrerer Verbrechen enthält. Z. B. A schiesst auf den hinter einer Fensterscheibe sitzenden B. Die Verletzung des B, für sich allein betrachtet, bildet den Tatbestand der Körperverletzung, die Zertrümmerung der Fensterscheibe den Tatbestand der Sachbeschädigung.

Das Wesen der Idealkonkurrenz ist nun äusserst bestritten. Die Streitfrage geht dahin: „Was konkurriert bei der Idealkonkurrenz"? Wie schon von Schütze[1] und Jakobs[2] dargetan worden ist, sind vier Ansichten aufgestellt worden. Es wird behauptet, die Idealkonkurrenz sei ein Zusammentreffen:

a) von Delikten oder strafbaren Handlungen;

b) von Strafen;

c) von Gesetzen;

d) von Merkmalen, juristischen Eigenschaften, Elementen mehrer strafbarer Handlungen.

### α) Die Theorie des Zusammentreffens von strafbaren Handlungen.

Die herrschende Meinung erblickt in der Idealkonkurrenz das Zusammentreffen von Delikten. Und zwar gilt auch heute noch in dieser Hinsicht der Satz Wachenfeld's,[3] „dies erscheine der communis opinio so selbstverständlich, dass sie auf eine Begründung

1) Schütze, Zeitschrift Bd. 3, S. 51.
2) Jakobs, S. 10.
3) Wachenfeld, S. 57.

verzichten zu können glaube". Hauptsächliche Verteidiger dieser Theorie sind Meyer, Merkel, Olshausen, Habernaas, Frank, Thomas, Köhler und Ortmann. Meyer[1] sagt: „Die Möglichkeit, dass ein und dieselbe Handlung mehrere Delikte enthält, liegt ebenso nahe, als die Möglichkeit, dass mehrere Handlungen als Bestandteile eines und desselben Deliktes erscheinen". Ebenso Olshausen:[2] „Nach Auffassung des Gesetzgebers deckt die Verletzung eines bezw. mehrerer Strafgesetze sich mit den Begriffen Verbrechenseinheit und Verbrechensmehrheit".[3] Habermaas verwendet den Begriff des Rechtsguts für seine Theorie. Er sagt:[4] „. . .Es kann nicht bestritten werden, dass hier — bei dem typisch gewordenen Beispiel der idealen Konkurrenz: Incest verbunden mit Ehebruch — sowohl das Rechtsgut der geschlechtlichen Zucht als das Rechtsgut der Ausschliesslichkeit des Geschlechtslebens unter Ehegatten verletzt worden ist, und dass demgemäss zwei Delikte vorliegen müssen". Treffend heisst es hiergegen im Literaturbericht des 3. Bandes der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft:[5] „Der Verfasser begeht den verhängnisvollen Fehler, weder den Begriff des Rechts-

---

1) Meyer, S. 435.

2) Olshausen, § 73, Anm. 11.

3) Man vergleiche nur die „Begründung" bei Frank, § 73, II: „Es ist nicht abzusehen, weshalb nicht durch eine Handlung solcher Tatbestände mehrere erfüllt und damit mehrere Verbrechen begangen werden können."

4) Habermaas, S. 15.

5) Daselbst S. 506.

guts noch sein Verhältnis zur Norm sich und den Lesern klarzulegen".[1]

Die einzigen Schriftsteller, die eine Begründung ihrer Theorie unternehmen, sind Merkel und Ortmann. Merkel sagt: „Wenn jemand durch einen Schuss einen Menschen vorsätzlich verwundet und einen andern fahrlässigerweise tötet, so kann füglich nur derjenige von einem Delikt sprechen ..., der das Wesen der Sache in dem Schiessen, d. i. in dem angewandten Mittel, nicht, wie es richtig ist, in der kausalen Bedeutung dieses Schiessens für rechtlich geschützte Interessen findet".[2] Das fehlerhafte dieser Schlussfolgerung liegt auch hier wiederum in der Verwechselung von Abstraktion und Wirklichkeit. Das wichtigste Moment bei dem vorliegenden Delikt ist freilich nicht das Schiessen, sondern der Umstand, dass eine Person getötet, eine andere verletzt wird. Aber aus der Tätigkeit des Schützen resultiert nur eine Kausalkette, und dass das geltende Recht verschiedene Glieder dieser Kette zu strafrechtlichen Erfolgen stempelt, bewirkt noch nicht eine Mehrheit von Verbrechen, „sofern man unter letzterem das an einem

1) Pflaum verteidigt hiergegen S. 6 Habermaas, indem er sagt, „derselbe fasse den Begriff des Rechtsguts so auf. wie Binding (Normen I. S. 193 ff und Handbuch I, S. 169, 170) ihn in die Doktrin eingeführt habe." Aber dann ist unerfindlich, dass Binding auf Grund seines Rechtsgutsbegriffes zu dem entgegengesetzten Resultat kommt wie Habermaas. Binding sagt S. 565: „Keine Verbrechensmehrheit kann durch eine Handlung realisiert werden." Obgleich nun Habermaas in der erwähnten Handlung, Incest in Idealkonkurrenz mit Ehebruch, eine einheitliche Handlung erblickt, kommt er zu einer Verbrechensmehrheit bei Einheit der Handlung.

2) Merkel, Lehrbuch S. 270.

bestimmten Orte, zu einer bestimmten Zeit erfolgende Ereignis der Sinnenwelt versteht".[1]

Denselben Fehler begeht Ortmann,[2] wenn er die Annahme zweier Offerten durch eine Handlung zum Beweise für die Möglichkeit einer Verbrechensmehrheit bei Handlungseinheit anführt. Abgesehen davon, dass die „Handlungen" des Strafrechts und Civilrechts verschiedenen Grundsätzen unterliegen,[3] entspricht das Ortmann'sche Beispiel lediglich dem Falle, dass eine Tätigkeit mehrere Erfolge hervorruft. Die „Erfolge des Civilrechts", die Verpflichtungen der Akzeptanten, sind Begriffe; die Erfolge der strafrechtlichen Tätigkeit bestehen dagegen in der Wirklichkeit.[4] Die genannten Schriftsteller würden daher besser vom „Zusammentreffen von Verbrechensbegriffen" sprechen.

Frank sucht durch ein auf den ersten Blick bestechendes Argument die Theorie der Verbrechenskonkurrenz noch zu retten. Er sagt:[5] „Ein Würfel hat sechs quadratische Flächen, obwohl jede Kante bei zwei Quadraten mitgezählt wird". Dieser Vergleich ist insofern unzutreffend, als die Kanten nicht Bestandteile der Fläche sind, sondern dieselbe lediglich begrenzen, so dass ihnen eine Wirklichkeit nicht zukommt, während die Handlung, insbesondere die Tätigkeit, kein wesenloses Ding ist, das lediglich das Verbrechen be-

1) Heinemann, S. 70.
2) Ortmann, im Archiv für Strafrecht, Bd. 35, S. 26 ff.
3) Wachenfeld, S. 57.
4) Ähnlich Heinemann, S. 70, 71.
5) Frank, § 73, III.

grenzt, sondern den realsten Bestandteil des Verbrechens bildet.

Innerhalb der Theorie der Verbrechenskonkurrenz nehmen mehrere Schriftsteller einen gesonderten Standpunkt ein. Auf der einen Seite sind dies Thomas und Köhler. Thomas meint,[1] „trotz der einen Handlung seien zwei Verbrechen anzunehmen, da die eine physische Handlung einen zwiefach rechtsverletzenden Willen manifestiere;“ und Köhler sagt:[2] „Die mehreren Verbrechenstatbestände fallen bei Einheit der Handlung nur dann in eins zusammen, wenn derjenige Umstand, der beiden den individuellen Verbrechenscharakter verleiht, nämlich die individuelle Willensschuld jedes der beiden Tatbestände, in dem einen der beiden Verbrechen bereits berücksichtigt ist, und demgemäss auch rechtliche Erfolgseinheit besteht“. Beide Schriftsteller legen mit Recht grosses Gewicht beim Verbrechen auf das subjektive Moment, die Willensschuld; denn diese stempelt die Handlung zum Verbrechen. Allein sie identifizieren zu unrecht Verbrechen und Willensschuld, während das Verbrechen erst dann zu Tage tritt, wenn die Willensschuld sich in der Aussenwelt, in der Tätigkeit, realisiert. Ist aber die Tätigkeit einheitlich, so kann man füglich nur von einem Verbrechen, vielleicht mit mehrfacher Willensschuld, mit „psychologisch wohl trennbaren Entschlüssen“,[3] nie aber von mehreren Verbrechen reden. Wer den mehrfachen Entschluss, seine Frau und

1) Thomas, S. 14.
2) Köhler, S. 35.
3) Seuffert, Entwurf S. 178.

sein Kind zu töten, durch eine Tätigkeit, z. B. durch Einströmenlassen von Gas in das Schlafzimmer, zur Ausführung bringt, der hat nicht das Verbrechen des Mordes zweimal verübt. „Eine Verbrechensmehrheit liegt in diesem Falle dem Volksbewusstsein völlig fern".[1] Binding wendet zwar hiergegen ein:[2] „Grössere Kraft, grössere Geschicklichkeit, greift zur Idealkonkurrenz, weil sie „durch eine Handlung" so viel auszurichten weiss, wie geringere Kraft und geringere Geschicklichkeit durch mehrere".[3] Allein wer seine Frau und sein Kind durch eine Tätigkeit mordet, der hat die vom Rechte gezogenen Schranken nur einmal überschritten, und man wird kein Bedenken tragen, ihn für weniger strafwürdig zu halten, als wenn er zuerst seine Frau und erst dann sein Kind getötet hätte. Zu letzterem gehört die Fassung eines neuen Entschlusses, während im ersteren der einheitliche Wille, seine Familie zu vernichten, in einer Tätigkeit sich bekundend, mehrere Erfolge herbeigeführt hat.

Somit ist auch die Mehrheit des Entschlusses nicht imstande, aus der Einheit der Handlung eine Verbrechensmehrheit abzuleiten.

Noch muss kurz auf den von Hälschner,

1) Wachenfeld, S. 60.

2) Binding, Handbuch Bd. I, S. 576.

3) Ähnlich sagt Pfefferle S 25: „Es widerstrebt dem Rechtsgefühl, mit der herrschenden Lehre Idealkonkurrenz anzunehmen, wenn etwa ein Schuss einen Menschen tötet und den andern verwundet.... Jetzt, wo er eine viel grössere Überlegung, eine bedeutend höhere Raffiniertheit zeigte, mit weniger Aufwand von Mühe dasselbe erreichte und in derselben Weise in zwei fremde Rechtssphären eingegriffen hat, soll ihm der milde § 73 zur Seite stehen?"

John und Binding vertretenen Standpunkt eingegangen werden. Die genannten Schriftsteller halten eine Verbrechensmehrheit, hervorgerufen durch Handlungseinheit, für ausgeschlossen. John[1] sagt z. B.: „Es würde ein Widerspruch sein, . . . von mehreren Verbrechen und einer Handlung zu sprechen". Hälschner:[2] „Die Annahme einer Idealkonkurrenz, der Begehung „mehrerer Verbrechen" durch dieselbe Handlung, ist eine durchaus verwerfliche".[3] Indem nun aber diese Schriftsteller von einem idealen und, wie bei Erläuterung des Binding'schen Begriffs der Handlungseinheit bereits ausgeführt wurde, verfehlten Begriff der einen Handlung ausgehen, kommen sie trotzdem dazu, bei der Idealkonkurrenz eine Mehrheit von strafbaren Handlungen anzunehmen.[4] Mit der Unhaltbarkeit dieses Begriffes der Handlungseinheit fällt die Folgerung ohne weiteres.[5] [6]

1) John, S. 67.

2) Hälschner, Bd. I, S. 496

3) Ebenso Binding, Lehrbuch Bd. I, S. 565: „Eine Mehrheit von Delikten erfordert unbedingt eine Mehrheit von Handlungen. Keine Verbrechensmehrheit kann also durch eine Handlung realisiert werden."

4) John und Hälschner schliessen: „So viele Absichten, so viele Tätigkeiten," Binding folgert: „So viele Erfolge, so viele Tätigkeiten."

5) Vgl. noch v. Liszt, Zeitschrift Bd. 6, S. 667: „Hervorgegangen aus den Tatsachen des Lebens, hat die Rechtswissenschaft in letzter Linie nicht Begriffe, sondern Tatsachen zu umspannen."

6) Ein völlig misslungener Versuch, die Verbrechenstheorie zu retten, ist von du Mesnil übernommen worden. Ich bespreche ihn nur, weil er aus dem Satze Wachenfelds, „dass nicht um der Tätigkeit, sondern um des Erfolges willen gestraft werde," die unannehmbarsten Folgerungen herleitet Er kommt, gestützt auf diesen Satz, zu dem Resultat, dass

## β. Die Theorie des Zusammentreffens von Strafen.

Der im vorigen Abschnitt als unhaltbar erwiesenen Theorie der Verbrechenskonkurrenz wird von mehreren Schriftstellern die Theorie des Zusammentreffens von Strafen gegenübergestellt. Zu nennen sind: Hälschner, Geyer und Rosenblatt. Hälschner z. B. meint,[1] „es würde richtiger sein, nicht sowohl von einer Konkurrenz, einem Zusammentreffen mehrerer Verbrechen, als von einer Strafenkonkurrenz zu reden." Doch hält man diese Ansicht zu unrecht für eine Theorie, die das Wesen der Idealkonkurrenz erklären will.[2] Denn wie Schütze[3] richtig ausführt, „bildet die Frage, ob deliktische Einheit oder Mehrheit vorliege, und wie die mehreren Delikte im Sinne des Gesetzes zu bestrafen seien, eine vorerst zu lösende Frage, bevor man an die weitere Frage herantritt, wie . . . die einzelnen . . . Strafen zur Vollstreckung

---

„die Handlung (Handlung im Sinne unserer Tätigkeit) nicht zum Verbrechensbegriffe zugehöre, dass vielmehr der vom Gesetze verbotene Erfolg allein das Verbrechen ausmache" (S. 31). Er beruft sich dabei anf den Satz v. Liszts (Lehrbuch S. 121; Auflage unersichtlich): „Was heute Verbrechen ist, braucht es nicht immer zu bleiben." Und er fährt fort: „Hier sehen wir! Der Erfolg ist das Verbrechen" (S. 30)..... „Es wird nicht notwendig das „Verbrechen" allein gestraft, es kann auch wegen desselben gestraft werden" (S. 31). Der letzte Satz trägt die Unrichtigkeit in sich. Ohne ein Verbrechen ist eine Bestrafung unmöglich; bestraft wird also stets das Verbrechen. Dass aber die Tätigkeit zum Verbrechen gehört, wird bisher von Niemand bestritten. Vgl. dazu Höpfner, S. 171, Anm. unten.

1) Hälscher, S. 654.

2) Dies tun Schütze, Zeitschrift Bd. 3, S. 51: Meyer, S. 434

3) Schütze, ebenda, S. 51.

zu bringen sind.“ [1] Die genannten Schriftsteller bezwecken gar keine theoretische Erörterung über das Wesen der Idealkonkurrenz, sondern behandeln lediglich die Frage, wie bei der Idealkonkurrenz zu strafen sei. In Wirklichkeit stehen sie auf dem Boden der Verbrechenstheorie.

### γ. Die Theorie des Zusammentreffens von Strafgesetzen.

Wie Wachenfeld [2] ausführt, kam zuerst Krug in seiner 1842 erschienenen Schrift „Über die Konkurrenz der Verbrechen“ zu einem von der gemeinen Meinung abweichenden Resultat. „Er weist darauf hin, dass die Idealkonkurrenz nur eine Mehrheit von rechtlichen Gesichtspunkten darstelle, unter welche das eine Verbrechen gebracht werden könne, . . . und lässt die Fälle der Idealkonkurrenz als bloss in der Idee gedachte Verbrechensmehrheiten bestehen. Diese Verbrechenseinheiten sind ihm ein Mittelding zwischen Verbrechenseinheit und Verbrechensmehrheit.“ [3] Wenn nun auch eine derartige Ansicht theoretisch und praktisch gleich wenig verwertbar war, so war doch damit der alte Bann gebrochen; die Auflehnung gegen die traditionell gewordene Theorie der Verbrechenskonkurrenz hatte begonnen! So kamen denn nach und nach von Liszt, Hiller, Wachenfeld, Heinemann, Jakobs, Beling, Rathenau und andere zu dem Ergebnisse, dass im Falle der

1) Vgl. Meyer, S. 434.
2) Wachenfeld, S. 58.
3) Wachenfeld, S. 58.

Idealkonkurrenz Verbrechenseinheit gegeben sei. Sich stützend auf den Wortlaut des geltenden Strafgesetzbuches sprechen sie von dem Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze, von echter Gesetzeskonkurrenz, während sie die in dieser Arbeit behandelte Gesetzeskonkurrenz als unechte Gesetzeskonkurrenz der Idealkonkurrenz gegenüberstellen. So sagt z. B. Wachenfeld:[1] „Es tritt . . . eine wirkliche Konkurrenz der Gesetze ein." Ebenso Hiller:[2] „Es ist nicht zu leugnen, dass die Gesetzgebung . . . das wesentliche . . . in einer Kollision verschiedener Strafgesetze bei derselben Handlung erblickt." Das grosse Verdienst dieser Schriftsteller von Krug bis Rathenau besteht in der ausdrücklichen und rückhaltlosen Ablehnung der Verbrechenstheorie. Aber der verhängnisvolle Fehler, den sie begingen, besteht darin, dass sie sich mit der Negation der Verbrechenstheorie begnügten und es unterliessen, an die Stelle des verworfenen Begriffs eine neue, klare Definition der Idealkonkurrenz zu setzen. So sagt z. B. Heinemann:[3] „Durch Eine Handlung — Tätigkeit in unserm Sinne — können mehrere rechtlich geschützte Interessen verletzt, also mehrere Verbrechensbegriffe verwirklicht und damit mehrere Strafgesetze übertreten werden." Dieser Satz ist richtig, wenn er nur besagen soll, dass man formell die Eine Handlung unter mehrere Ver-Verbrechenstatbestände subsumieren kann; allein er bringt in diesem Falle auch keinen Aufschluss über das

1) Wachenfeld, S. 55.
2) Hiller, Gerichtssaal Bd. 32, S. 234. Ähnlich v. Liszt, S. 244
3) Heinemann, S. 87.

Wesen der Idealkonkurrenz. Ebenso vermisst man eine Begriffsbestimmung bei v. Liszt. Er sagt:[1] „Nicht Verbrechenskonkurrenz, sondern Gesetzeskonkurrenz liegt vor.“ Und ohne diesen von ihm geschaffenen Begriff näher zu erläutern, fährt er fort: „Die Frage ist die, wie ist diese Konkurrenz zu lösen, welches der verletzten Strafgesetze ist zur Anwendung zu bringen?“ Die Theorie der „Gesetzeskonkurrenz“ lässt uns also bei der Bestimmung des Wesens der Idealkonkurrenz völlig im Stich. Sie kann aber auch nicht zu einer richtigen Definition führen. Denn fasst man sie so auf, dass die Tat in Wirklichkeit gleichzeitig unter mehrere Strafgesetze subsumiert werden kann, also mehrere Strafgesetze in dem Sinne verletzt sind, dass sie beide angewendet werden müssen, so kommt man zur Theorie der Verbrechenskonkurrenz. Denn zwei tatsächliche Gesetzesverletzungen setzen notwendig zwei Verbrechen voraus.

Einige Vertreter der Theorie der Gesetzeskonkurrenz sprechen andererseits der Idealkonkurrenz jede Konkurrenznatur ab. So sagt z. B. Heinemann:[2] „Zu jedem der drei genannten Delikte — Notzucht, Blutschande und Ehebruch — gehört als notwendiges gesetzliches Tatbestandsmerkmal die Vollziehung des Beischlafes. Dieses Moment aber ist nur einmal gegeben. Daher kann auch nur eines der drei in Frage kommenden Delikte

---

1) v. Liszt, S. 244.

2) Heinemann, S. 75. Ebenso die Erläuterungen zum Entwurf eines russischen Strafgesetzbuchs, übersetzt von Gretener, S. 220, „das Gesetz spreche nur von Idealkonkurrenz um zu zeigen, dass sie in Wahrheit keine Konkurrenz sei.“

vorhanden sein. Welches dies ist, bleibt vorläufig noch in Wahrheit dahingestellt.“ Allein es geht nicht an, der Idealkonkurrenz ihre Konkurrenznatur abzusprechen und sie der einfachen Gesetzesverletzung gleichzustellen. Denn in Wahrheit liegt bei der Idealkonkurrenz ein Zusammentreffen vor.

### δ) Die Theorie des Zusammentreffens der Elemente oder Bestandteile von strafbaren Handlungen.

Zu einer Begriffsbestimmung der Idealkonkurrenz, die zugleich theoretisch unanfechtbar und praktisch brauchbar ist, können wir nur gelangen, wenn wir dieselbe aus den festgestellten Begriffen der Handlung und des Verbrechens ableiten.

Wir definierten die Handlung als Tätigkeit + Erfolg, das Verbrechen als Handlung + Wille oder als Entschluss + Tätigkeit + Erfolg + Schuld. Die letztere lassen wir bei der folgenden Erörterung ausser Betracht; denn die Frage nach der Schuld ist erst dann aufzuwerfen, wenn die Frage nach der Rechtswidrigkeit bereits bejaht ist.

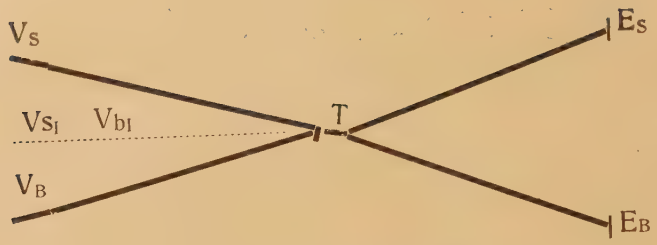
Da wir nun früher sahen, dass das Wesen der Idealkonkurrenz vor allem in der Einheit der Handlung besteht, so ist nach dem entwickelten Verbrechensbegriffe ohne weiteres klar, dass die Idealkonkurrenz nicht Verbrechensmehrheit, sondern Verbrechenseinheit ist, aber ein Verbrechen, welches die Elemente mehrerer Delikte des Strafgesetzbuches enthält. Ersehen wir dies an folgendem Beispiel: Frau A lebt in Feindschaft

mit Frau B. Um ihre Feindin lächerlich zu machen und zugleich ihren neuen Sommerhut zu verderben, giesst Frau A, als Frau B auf belebter Strasse an ihrer Wohnung vorübergeht, ihr Salzsäure auf den Kopf. Die Passanten lachen; der Sommerhut ist dahin. — Die Vertreter der Verbrechenstheorie erblicken in dieser Tätigkeit der Frau A zwei Verbrechen, das Delikt der Sachbeschädigung und das Delikt der Beleidigung. Wie jedoch früher gezeigt wurde, schliesst die Einheit der Tätigkeit die Möglichkeit der Annahme einer Verbrechensmehrheit aus. Geht man dagegen davon aus, dass hier zwei Entschlüsse, nämlich den Hut zu verderben und die Feindin zu beleidigen, vorhanden sind, dass aber diese beiden Entschlüsse sich in einer Tätigkeit realisieren, die ihrerseits, sofern man die früheren Momente ausser Acht lässt, eine Kausalkette anregt, welche einen doppelten strafrechtlichen Erfolg enthält, so kann man das Delikt der Frau A als Konkurrenz der Erfolgselemente der Sachbeschädigung und der Beleidigung bei Einheit der Tätigkeit definieren.

Die Bestandteile des obigen Delikts sind:

1. Eine Tätigkeit;
2. Mit einander konkurrierend:
   a) zwei Willensmomente, nämlich
      α) der „Vorsatz", die Sache zu beschädigen;
      β) der „Vorsatz", die Person zu beleidigen;
   b) zwei Erfolgsmomente, nämlich
      α) der Erfolg der Sachbeschädigung;
      β) der Erfolg der Beleidigung.

Graphisch dargestellt, ergibt das obige Verbrechen folgendes Bild:




$V_s$ = Vorsatz der Sachbeschädigung;
$V_B$ = Vorsatz der Beleidigung;
T = Tätigkeit;
$E_s$ = Erfolg der Sachbeschädigung, d. h. diejenige natürliche Wirkung, welche den strafrechtlichen Erfolg darstellt;
$E_B$ = Erfolg der Beleidigung.

Ob man die beiden Entschlüsse als zeitlich aufeinanderfolgende Glieder derselben einheitlichen Kausalreihe, $Vs_I$ und $Vb_I$, oder als Glieder verschiedener Zweigreihen, $V_s$ und $V_b$, ansieht, ist gleichgültig. Die Kausalreihe bleibt jedenfalls eine einheitliche.

Die hier begründete Theorie beansprucht nicht, neu zu sein; allein es fehlt bisher eine klare Darlegung derselben. Schon Krug schlägt in den „Studien zum Kriminalgesetzbuch“ von 1838[1] vor, „statt von einer Konkurrenz mehrerer Verbrechen von einer solchen mehrerer strafrechtlicher Gesichtspunkte bei einem Verbrechen zu sprechen“. Auch bei Merkel[2] findet sich ein Anklang an unsere Theorie: „Wahr ist, dass zu jedem Verbrechen eine Handlung gehöre; daraus aber folgt nicht, dass diese Handlung nicht zugleich in anderer Beziehung bedeutsam, und dass sie nicht die

1) Ebendort, S. 89, 90.
2) Merkel in Holtzendorfs Encyklopädie, Bd. 2, S. 580.

Vermittlerin mehrerer Rechtsverletzungen sein könne". Gut sagt Beling: [1] „Die Idealkonkurrenz charakterisiert sich also durch Mehrheit der juristischen Eigenschaften bei Einheit der Handlung; man darf sich nicht durch die Mehrheit der Eigenschaften verleiten lassen (wie dies Binding tut), eine Mehrheit von Handlungen anzunehmen".[2] Als eigentliche Theorie, freilich ohne nähere Begründung, ist unsere Ansicht zuerst von H. Seuffert im Anschluss an Artikel 73 des Entwurfs eines italienischen Strafgesetzbuches entwickelt worden. Seuffert sagt: „Ein reato, ein Tatbestand liegt vor, aber dieser Tatbestand enthält mehrere titoli, d. h. die Elemente mehrerer Delikte. Wer der verheirateten Tochter Gewalt antut, setzt sich mit mehreren Grundnormen unseres Rechtes in Widerspruch; wer mehrere Personen mit einem Schrotschusse vorsätzlich verwundet, realisiert durch ein Tun zwei psychologisch wohl trennbare Entschlüsse".[3] Auch Finger[4] steht unserer Auffassung sehr nahe. Er sagt: „Es ist möglich, dass ein Täter mit der in einem bejahenden Strafgesetze näher bezeichneten

1) Beling, Grundriss S. 45.

2) Höpfner führt S. 161 folgendes aus: „Man sagt: Erstens liegt Tötung eines Menschen vor, zweitens liegt Beschädigung eines Fensters vor. Tötung eines Menschen ist ein Verbrechen (Mord); Beschädigung eines Fensters ist auch ein Verbrechen (Sachbeschädigung). Also liegen zwei Verbrechen vor. Dieser Schluss ist aber um nichts besser als folgender: Erstens, ich habe einen Schimmel. Zweitens, ich habe einen Hengst. Ein Schimmel ist ein Pferd. Ein Hengst ist auch ein Pferd. Also habe ich zwei Pferde. Wenn der Schimmel zugleich der Hengst ist, so habe ich einen Schimmelhengst, d. i. ein Pferd, aber nicht zwei Pferde."

3) Seuffert, Entwurf S. 177, 178. Ihm folgt Jakobs, S. 24 ff.

4) Finger, S. 376.

Handlung zugleich die Merkmale anderer strafbarer Handlungen setzt, so dass sich bei Anwendung der e i n e n strafgesetzlichen Bestimmung auf diese Handlung ein rechtlich relevanter Überschuss ergibt".

Verschiedene Schriftsteller haben sich mit der Frage befasst, ob vorsätzliche und fahrlässige Delikte mit einander in Idealkonkurrenz treten können.[1] Die Idealkonkurrenz derartiger Delikte bietet keine Besonderheiten; lediglich das vor der Tätigkeit liegende Willensmoment ist anders geartet, indem es aus einem vorsätzlichen und einem fahrlässigen Elemente besteht.

Auch ein versuchtes Delikt kann mit einem vollendeten in Idealkonkurrenz treten. Z. B. A versucht den B zu töten; dies gelingt ihm nicht. B wird nur verwundet: Idealkonkurrenz von Körperverletzung und Versuch des Todschlags.

$V_t$ ist der Vorsatz der Tötung; er enthält zugleich notwendigerweise den Vorsatz der Körperverletzung, $V_k$.[2] T = Tätigkeit. Diese regt die Kausalkette $T_y$ an, von deren unzähligen Wirkungen das Strafrecht in unserem Falle zwei zu Erfolgen stempelt, nämlich 1. $E_{tv}$, d. h. die Gesamtheit der Wirkungen, welche die nahe Gefahr des Eintritts des Todes enthalten, das Erfolgselement der versuchten Tötung; 2. $E_k$, den Erfolg der Körperverletzung des B. Das obige Verbrechen ist also $= V_{(t+k)} + T + E_{(tv+k)}$.

1) Vgl. Köhler, S 36 ff; Binding, Handbuch Bd. I, S. 580; Meyer, S. 437, Anm. 13 und 14; Bünger, Zeitschrift Bd. 8, S. 709; Olshausen, § 73, Note 17.

2) So RGE Bd. 28., S. 200.

Ebenso wie die über die Handlung aufgestellten Grundsätze auf die Unterlassung Anwendung finden, bietet auch die Idealkonkurrenz von Unterlassungsdelikten keine Besonderheiten.[1]

### d. Das Wesen der gleichartigen Idealkonkurrenz insbesondere.

Wie eingangs ausgeführt wurde, liegt gleichartige Idealkonkurrenz vor, wenn durch eine Tätigkeit nicht Erfolgselemente verschiedener strafbarer Handlungen, sondern mehrere kongruente Erfolgselemente desselben Delikts herbeigeführt werden. Z. B. A tötet seine Frau und seine drei Kinder durch eine Tätigkeit, etwa durch Einströmenlassen von Gas in das Schlafzimmer.

Wir können sofort erkennen, dass begrifflich dieser Fall der gleichartigen Idealkonkurrenz von der ungleichartigen durch nichts unterschieden ist.

Das obige Beispiel gibt folgendes graphische Bild ab:

1) Ob freilich Idealkonkurrenz von Unterlassungsdelikten häufig verkommt, erscheint zweifelhaft. Man wird wohl in den meisten Fällen zur Annahme einer Realkonkurrenz gelangen. Vergleiche über die Frage besonders Köhler, S. 36 und Binding, Handbuch Bd. I, S. 580, 581.

$V_t$ = Entschluss des A, seine Familie zu töten, also der Entschluss, vier Menschen ums Leben zu bringen; T = Tätigkeit; $E_{t1}$, $E_{t2}$, $E_{t3}$, $E_{t4}$ sind die vier eingetretenen Erfolge, der Tod der vier Personen. Das Verbrechen des A besteht also aus $V_t + T + E (t_1 + t_2 + t_3 + t_4)$, mithin aus kongruenten Elementen desselben Delikts des § 212 StGB.

Allein es ist deshalb erforderlich, bereits bei der Wesensbestimmung der Idealkonkurrenz die gleichartige Konkurrenz besonders zu behandeln, weil mehrere Schriftsteller sie für völlig verschieden von der ungleichartigen Idealkonkurrenz ansehen.

v. Buri spricht der gleichartigen Idealkonkurrenz überhaupt den Charakter der Idealkonkurrenz ab und will sie als Realkonkurrenz behandelt wissen. Während er nämlich bezüglich der ungleichartigen Idealkonkurrenz[1] an der Einheit der Kausalität festhält und folgerichtig dieselbe als Verbrechenseinheit definiert, nimmt er z. B. in dem Falle, wo ein Schuss mehrere Menschen verletzt, eine Mehrheit von Delikten an, da jede Rechtsverletzung ihre eigene Kausalität, somit mehrere Rechtsverletzungen mehrere von einander verschiedene Kausalitäten erforderten. Der Fehler dieser Ansicht wurde bereits bei der Darlegung der Binding'schen Lehre hervorgehoben; er liegt in der falschen Prämisse, dass mehrere Rechtsverletzungen mehrere Kausalitäten bedingen, während, wie früher gezeigt wurde, eine Tätigkeit stets nur eine, unter Umständen sich in mehrere Zweigreihen spaltende Kausalität hervorbringen kann.[2]

1) v. Buri, Einheit und Mehrheit, S. 1—3.

2) Gegen v. Buri: Olshausen, § 73, Note 2; v. Liszt,

Die Anhänger der sog. Gesetzestheorie erblicken andererseits in der gleichartigen Idealkonkurrenz lediglich eine einfache Gesetzesverletzung. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht wurde bereits bei Behandlung der ungleichartigen Idealkonkurrenz erwiesen.

## 2. Das Wesen der Gesetzeskonkurrenz.

Während das Wesen der Idealkonkurrenz zu den bestrittensten Fragen des Strafrechts gehört, bietet die Begriffsbestimmung der Gesetzeskonkurrenz keine besonderen Schwierigkeiten. Wie schon eingangs ausgeführt wurde, sah man sich, zumal da man die Idealkonkurrenz als Verbrechenskonkurrenz definierte, genötigt, diejenigen Fälle auszuscheiden, wo offenbar von einer Mehrheit von Verbrechen keine Rede sein konnte, wo vielmehr nach besonderer Bestimmung oder nach dem Sinne des Gesetzes ein gesetzlich festgelegter Tatbestand die ganze Handlung mit ihren sämtlichen Erfolgen umfasste. So lange man sich freilich nicht zu einem Strafgesetzbuche mit einem genau begrenzten Kreise von Tatbeständen durchgerungen hatte, sondern, wie z. B. die Constitutio Criminalis Carolina in der sog. clausula salvatoria des § 219, durch Berücksichtigung der „alten, wohlhergebrachten, rechtmässigen und billigen Gebräuche“

---

S. 236; auch Binding, Handbuch Bd I, S. 579, wo er in der Anm. 29 sagt: „Das Verfahren v. Buris und v. Liszts ist das gleiche; sie oktroieren dem Gesetze ihre Auffassungen, um mit deren Hülfe das Gesetz aus den Angeln zu heben“; Hälschner, S. 657; Franck, § 73, III, 1; Schütze, Zeitschrift Bd. III, S. 64; Hiller, Gerichtssaal Bd. 32, S. 200 ff.; Ortmann, Gerichtssaal Bd 35, S. 33; Heinemann, S. 65 ff. und S. 85.

der willkürlichen Schaffung von Tatbeständen den freiesten Spielraum gewährte, musste man sich stets vor eine Mehrheit von Delikten gestellt glauben, deren Stellung zu einander die Praxis sehr oft wegen der Gemeinsamkeit der Begriffsmerkmale vor grosse Schwierigkeiten stellte. Nachdem aber, besonders durch den Code pénal gefördert, in Deutschland die Partikularstaaten das Strafrecht kodifiziert hatten, war es verhältnismässig leicht, zu erkennen, wann das Gesetz die Subsumtion einer Handlung unter einen seiner Tatbestände gestattete, wann hingegen bei Subsumtion der Handlung unter ein Strafgesetz ein Überschuss verblieb, der nur in Beziehung auf einen andern Tatbestand seine volle rechtliche Würdigung finden konnte.

Die Gesetzeskonkurrenz besteht also darin, „dass eine Strafdrohung, obwohl ein konkreter Tatbestand unter den gesetzlichen Tatbestand, an den sie geknüpft ist, subsumiert werden kann, nicht anzuwenden ist . . ., falls er sich auch unter einen anderweit formulierten gesetzlichen Tatbestand, an den ebenfalls eine Strafdrohung geknüpft ist, subsumieren lässt".[1] Bei der Gesetzeskonkurrenz lässt sich somit die Handlung unter mehrere Tatbestände so subsumieren, dass jeder derselben die ganze Handlung umfasst. Sache der Aus-

1) Höpfner, S. 173. Vgl. auchHeinemann, S. 101; Köhler, S. 43; Merkel, Lehrbuch S. 269; Olshausen, § 73, No. 12 ff.; Finger, S. 377, II; Wachenfeld, S. 53: „Von einer Konkurrenz mehrerer Gesetze kann nicht die Rede sein, wenn sich diese schon von vornherein untereinander bis auf eines ausschliessen."

legung aber ist es, zu bestimmen, welches dieser formell verletzten Gesetze zur Anwendung gelangen soll.[1]

Hieraus ergibt sich, dass der Gesetzeskonkurrenz der Charakter einer Konkurrenz überhaupt abzusprechen ist. Denn in Wirklichkeit ist bei ihr keine Konkurrenz von Gesetzen vorhanden; „sie scheint nur in casu vorhanden zu sein für den nicht unterrichteten Ausleger des Gesetzes, ist aber nicht vorhanden für den kundigen Interpreten, der nur eine Strafdrohung anwendbar erachtet, wenn nur ein strafrechtlich relevanter Erfolg in Frage steht.[2] Die Gesetzeskonkurrenz ist somit eine einfache Gesetzesverletzung. Fehlt ihr aber die Konkurrenznatur, so würde es zweckmässig sein, sie nicht als „Konkurrenz" zu bezeichnen.[3] Die Anhänger der sog. „Gesetzestheorie"[4] bezeichnen sie daher als „unechte Gesetzeskonkurrenz". Allein „es kann die . . . Begriffsverwirrung nur steigern, wenn diejenigen, welche in der Idealkonkurrenz nur eine

1) Hiller kommt zu einer völligen Gleichstellung der Gesetzeskonkurrenz mit der Idealkonkurrenz. Er sagt: „Überall, wo eine Handlung sich unter mehrere Strafgesetze bringen lässt, treffen diese in der betreffenden Handlung zusammen. Verletzt sind auch bei der Gesetzeskonkurrenz die mehreren Gesetze, .... und der Ausdruck von den mehreren Qualifikationen passt im Grunde genommen so gut in einem wie im andern Falle. Ein Zusammentreffen von Gesetzen ist hier überall vorhanden." Ebenso v. Liszt. Die Gleichstellung der Gesetzeskonkurrenz mit der Idealkonkurrenz beruht auf der falschen Definition der letzteren; vgl. S. 51 ff. d. Darstllg.

2) Bünger, Zeitschrift Bd. 8, S. 685.

3) Der Ausdruck „Gesetzeskonkurrenz" ist geschaffen von den Vertretern der Verbrechenstheorie.

4) S. 51 ff. der Darstellung. Vgl. auch Heinemann, S. 110 ff.; Wachenfeld, S. 52 ff.; Höpfner, S. 173.

Gesetzeskonkurrenz erblicken, die Fälle unechter Gesetzeskonkurrenz, welche ihre Bezeichnung nicht aus innern Gründen, sondern nur als historischen Namen trägt, . . . mit demselben Klassennamen bezeichnen und hierdurch unter einen Hut bringen".[1]

Es würde daher meines Erachtens besser sein, den Ausdruck „Gesetzeskonkurrenz" fallen zu lassen und nur von einem „Subsumtionszweifel" zu sprechen, einem Zweifel, der freilich nur auf den ersten Blick auftaucht, dagegen beim Eindringen in den Sinn des Gesetzes verschwindet.[2]

## 3. Das Ergebnis der theoretischen Untersuchung.

I. Das Wesen der Idealkonkurrenz besteht in dem Zusammentreffen der Elemente mehrerer strafbarer Handlungen bei Einheit der Tätigkeit.

II. Die Gesetzeskonkurrenz ist in Wirklichkeit keine Konkurrenz, weder von Gesetzen, noch von Verbrechen oder Verbrechenselementen; sie ist vielmehr einfache Gesetzesverletzung.

---

1) Bünger, Zeitschrift Bd. 8, S. 686. Noch mehr steigert v. Liszt die Begriffsverwirrung, indem er in der 12. und 13. Auflage seines Lehrbuchs S. 245 „der scheinbaren Gesetzeskonkurrenz" die Idealkonkurrenz als „schelnbare Verbrechenskonkurrenz" gegenüberstellt. Es dürfte doch mehr angebracht sein, die beiden Begriffe nach dem zu bestimmen, was sie in Wirklichkeit, nicht aber nach dem, was sie nur scheinbar sind.

2) So Schütze, Zeitschrift Bd. 3, S. 55.

## II. Abschnitt.

# Die rechtliche Behandlung der Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz im Reichsstrafgesetzbuch.

Nachdem im I. Abschnitt unabhängig vom geltenden Rechte das Wesen der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz bestimmt worden ist, muss im II. Abschnitte untersucht werden, wie das Reichsstrafgesetzbuch sich zu den beiden Begriffen stellt.

Da die Gesetzeskonkurrenz als blosser Subsumtionszweifel die einfachere Verbrechensform darstellt, nimmt die folgende Darstellung von ihr ihren Ausgangspunkt.

## 1. Das Reichsstrafgesetzbuch, insbesondere § 73, im Verhältnis zur Gesetzeskonkurrenz.

Die Gesetzeskonkurrenz besteht, wie in der theoretischen Erörterung gezeigt wurde, lediglich in dem Zweifel, unter welche von mehreren den Tatbestand einer strafbaren Handlung vollständig umfassenden Bestimmungen des Gesetzes die begangene strafbare Handlung zu subsumieren ist. Wenn es aber nur

„eines Eindringens in den Inhalt der Gesetzesworte, in den Geist des Gesetzgebers bedarf", damit von den bei „oberflächlicher Betrachtung vorhandenen mehreren verletzten Strafgesetzen nur eine in Wahrheit in Betracht kommende Strafdrohung übrigbleibt",[1] so ergibt sich daraus, dass es unnötig für den Gesetzgeber ist, für diesen Fall, der, wie Merkel[2] betont, in die Lehre von der Auslegung der Strafgesetze hingehört, eine Bestimmung zu treffen. Er regelt sich für den Juristen von selbst.

Wenn z. B. Jemand ein Legitimationspapier zum Zwecke des besseren Fortkommens falsch anfertigt oder verfälscht, so kann man diese Handlung sowohl unter den Tatbestand der Urkundenfälschung des § 267, als unter den Tatbestand des § 363 subsumieren. Allein ein Blick in das Strafgesetzbuch lehrt uns, dass § 363 eine unter gewissen mildernden Umständen begangene, dem Tatbestand des § 267 gegenüber privilegirte Urkundenfälschung mit geringerer Strafe bedroht, und es bedarf keiner besonderen Bestimmung, um den letzteren Paragraphen allein zur Anwendung zu bringen. — Wer im Zweikampf seinen Gegner tötet, dessen Handlung fällt sowohl unter das Verbot des Zweikampfs, wie unter das Verbot des Todschlags. Allein die Gesellschaft betrachtet denjenigen, der seinen Gegner im Zweikampf niederstreckt, nicht als gemeinen Mörder, und dieser Anschauung trägt der Gesetzgeber Rücksicht, indem er die Tötung und Verwundung im Zweikampf, d. h. mit tödlichen Waffen, andern, be-

1) Heinemann, S. 104.
2) Merkel, Lehrbuch S. 262, Note c.

sonderen Bestimmungen als denen über die gemeine Tötung und Körperverletzung unterstellt und damit beim Zweikampf jede Anwendung dieser allgemeinen Bestimmungen ausschliesst.[1]

Würde demnach die Behandlung der Gesetzeskonkurrenz im Reichsstrafgesetzbuche überflüssig sein, so ist es geradezu fehlerhaft, den § 73 auf dieselbe zu beziehen. Schon der Wortlaut des § 73 verbietet dies. Während nämlich § 73 besagt: „Wenn ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt . .", ist bei der Gesetzeskonkurrenz, dem blossen Subsumtionszweifel nur ein Gesetz verletzt. Dies betont ausdrücklich das Reichsgericht:[2] „Bei der Gesetzeskonkurrenz schliesst ein Gesetz die andern, daher die Strafdrohung des einen die anderen aus; die Handlung verletzt also nur das Eine nicht ausgeschlossene Gesetz, während der § 73 von einer Handlung spricht, die mehrere Strafgesetze verletzt".

Neben dem Wortlaut sprechen aber auch Inhalt und Sinn des § 73 gegen seine Beziehung auf die Gesetzeskonkurrenz. Denn die Bestimmung des § 73: „dasjenige Gesetz findet alleinige Anwendung, welches die schwerste Strafe . . . androht", lässt sich auf den Fall der Gesetzeskonkurrenz nicht anwenden. Findet

1) Hieraus folgt, dass, wenn man entgegen der Ansicht des Reichsgerichts (E. Bd. 8, S. 87) in dem studentischen Schläger keine tödliche Waffe erblickt, die Schlägermensur strafloser Zweikampf, nicht Körperverletzung ist. Ebenso Binding, Normen Bd. I, S. 392, Note 10; Frank, Einleitung zum 15. Abschnitt, II, 2 am Ende; v. Liszt, Lehrbuch S. 313.

2) Entsch. Bd. 18, S. 199; ebenso Heinemann, S. 107; Olshausen, § 73, Note 12; Hiller, Gerichtssaal Bd. 32, S. 240; Pflaum, S. 9.

doch bei der letzteren dasjenige der formell verletzten Gesetze alleinige Anwendung, welches nach Intention des Gesetzes alleinige Anwendung fordert, mag es nun das schwerere oder das leichtere sein.[1] v. Buri,[2] der den § 73 auf die Gesetzeskonkurrenz bezieht, sieht dies wohl ein. Er will daher „das schwerste Gesetz dann nicht anwenden, wenn sich aus dem speziellen Teile des Strafgesetzbuchs ergeben sollte, dass die Strafe nicht ihm, sondern einem andern, etwa dem spezielleren, zu entnehmen sei".

Die Behandlung der Gesetzeskonkurrenz im Reichsstrafgesetzbuch wäre mithin gleich unnötig wie fehlerhaft. Unerfindlich ist es daher, wenn einige Schriftsteller, z. B. Hälschner,[3] dem Gesetzgeber den Vorwurf machen, „er habe sich den Unterschied der Gesetzes- und Idealkonkurrenz gar nicht klar gemacht". Im Gegenteil! „Der Gesetzgeber hat es deshalb unterlassen, dem Richter irgend eine Anleitung zur Lösung der Gesetzeskonkurrenz zu geben, weil die Logik der Auslegung ihn von selbst zu dem richtigen Resultate führen muss".[4] [5]

Wir kommen also zu folgendem

---

1) So Binding, Handbuch Bd. I, S. 572. Vergl. Pfefferle, S. 58: „In beiden Fällen soll zwar nur ein Gesetz zur Anwendung kommen, bei der Idealkonkurrenz ist es aber das schwerste, bei der Gesetzeskonkurrenz das spezielle, auch wenn es das mildere ist." Ebenso Höpfner, der S. 176 die Anwendung des § 73 bei privilegierten Tatbeständen als sinnwidrig bezeichnet.

2) v. Buri, Einheit und Mehrheit, S 111.

3) Hälschner, das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I, S. 681, 682; Merkel in Holtzendorffs Handbuch Bd. IV, S. 225.

4) Berner, Lehrbuch, 16. Aufl., S. 267.

5) Sollte jedoch in einem Falle der Richter den Sub-

Ergebnis:

Weder im Reichsstrafgesetzbuche überhaupt noch insbesondere im § 73 ist der Fall der Gesetzeskonkurrenz geregelt. Er regelt sich durch die Auslegung des Gesetzes von selbst.

## 2. In welcher Weise regelt § 73 des Reichsstrafgesetzbuches den Fall der Idealkonkurrenz?

Bei der theoretischen Erörterung definierten wir die Idealkonkurrenz als das „Zusammentreffen von Elementen mehrerer strafbarer Handlungen bei Einheit der Tätigkeit". Hier ist zu untersuchen, ob § 73 RStrGB. diese Ansicht billigt.

§ 73 lautet:

„Wenn ein und dieselbe Handlung mehrere „Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige „Gesetz, welches die schwerste Strafe, und bei „ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches „die schwerste Strafart androht, zur An- „wendung."

### a. Die verschiedenen Ansichten.

Diejenigen, welche die Idealkonkurrenz als Zusammentreffen von Delikten definieren, finden für ihre

sumtionszweifel nicht lösen können, so würde er nach dem Grundsatze: „In dubio mitius" das mildere Gesetz zur Anwendung bringen müssen. Vgl. auch Heinemann, S. 108 ff. Gegen diesen Grundsatz des Strafrechts würde man bei Anwendung des § 73 verstossen.

Ansicht im Gesetze keine Stütze, vielmehr sprechen Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 73 gegen diese Theorie.

Während § 74 ausdrücklich von „mehreren Verbrechen oder Vergehen“ spricht, vermeidet § 73 diesen Ausdruck und redet von „mehreren verletzten Strafgesetzen“. Binding[1] hält dies allerdings für einen Zufall. Er meint, die Form: „wenn ein und dieselbe Handlung mehrere strafbare Handlungen enthält“, sei zu anstössig, die Form: „wenn ein und dieselbe Handlung mehrere Verbrechen, Vergehen oder Übertretungen enthält“, zu schwerfällig. Allein was hinderte den Gesetzgeber, dem § 73, entsprechend dem § 74, die Fassung zu geben: „Gegen denjenigen, welcher durch eine Handlung mehrere Verbrechen . . verübt hat, . .“? Aber auch abgesehen hiervon, darf man dem Gesetzgeber nicht den Vorwurf machen, dass er bei einer so wichtigen Bestimmung den Ausdruck „Verletzung von Gesetzen“ identisch mit „Begehung mehrerer strafbarer Handlungen“ gebraucht habe, weil „er ausserhalb des Strafgesetzes häufig in diesem Sinne gebraucht wird“.[2]

Gegen die Auffassung, § 73 bestätige die Theorie der Verbrechenskonkurrenz, spricht aber vor allem die Entstehungsgeschichte des § 73. Man kann es nicht ohne weiteres als Zufall bezeichnen, wie du Mesnil[3] es tut, dass viele früheren Gesetzbücher, vor allem die Vorbilder unseres heutigen Strafgesetzbuchs, im Falle

1) Binding, Handbuch S. 572, Anm. 11.

2) Mit dem Text: Heinemann, S. 82 ff.; Wachenfeld, S. 64 und 36 ff.; v. Schwarze, Gerichtssaal Bd. 34, S. 593.

3) du Mesnil, S. 31.

der Idealkonkurrenz vom „Übertreten mehrerer Strafgesetze", von der „Vereinigung der Merkmale mehrerer Verbrechen in einer Handlung" sprechen. Das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 besagte in Artikel 19, Absatz 2: „Wenn ein Verbrecher in einer und derselben Handlung zu gleicher Zeit mehrere Verbrechen begangen hat, . ."; das Gesetz stand also noch völlig auf dem Boden der Verbrechenstheorie. Zwar versucht John[1] nachzuweisen, dass ihm die Auffassung der Idealkonkurrenz als Konkurrenz von Delikten ferngelegen habe. Allein wenn man berücksichtigt, dass Feuerbach der Schöpfer des bayrischen Strafgesetzbuches war, so kann man der Meinung John's nicht beistimmen. Denn wie Wachenfeld[2] und Heinemann[3] betonen, vertrat Feuerbach die Verbrechensmehrheit bei der Idealkonkurrenz. Das Strafgesetzbuch für Bayern vom 10. November 1861 definierte hingegen die Idealkonkurrenz als „Übertretung mehrerer Strafgesetze oder desselben Strafgesetzes in mehrfacher Hinsicht".[4]

Das preussische Strafrecht, das Vorbild unseres Reichstrafrechts, kannte in seinem „Allgemeinen Landrecht", welches in §§ 54 ff., Teil II, 20 von der Kollision mehrerer Verbrechen handelt, die Einteilung in reale und ideale Konkurrenz nicht. Erst der Entwurf von 1828 enthielt in § 95 eine eigene Bestimmung über die Idealkonkurrenz: „Sind durch eine und dieselbe

1) John, Fortgesetztes Verbrechen, S. 77.
2) Wachenfeld, S. 7.
3) Heinemann, S. 40, 41.
4) Heinemann, S. 47.

Handlung zugleich mehrere Verbrechen verübt", . . . Beachtenswert ist, dass die Motive zu diesem Entwurfe von einer „Mehrheit von Rechtsverletzungen" reden.[1] Die Entwürfe von 1830 und 1833 änderten hieran nichts. Dagegen erhielt in dem Entwurf von 1843 der entsprechende § 119 folgende Fassung: „Sind durch eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze übertreten, so soll . . .". Übereinstimmend sind die Entwürfe von 1846 und 1847. Aber der Entwurf von 1851 änderte wiederum den Wortlaut. Es heisst dort in § 47: „Wenn ein und dieselbe Handlung die Merkmale mehrerer Verbrechen oder Vergehen in sich vereinigt . . .". § 48, der von der Realkonkurrenz handelt, beginnt dagegen: „Hat ein Angeschuldigter . . . mehrere Verbrechen begangen . . .". In der Fassung des Entwurfs von 1843 ist die Bestimmung in das preussische Strafgesetzbuch von 1851 und — mit einer kleinen redaktionellen Änderung — in das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich übernommen worden.[2] Die Geschichte des § 73 spricht also ebenso wie der Wortlaut gegen die Theorie der Verbrechenskonkurrenz.

Als letzte Stütze der Verbrechenstheorie beruft man sich auf die Stellung des § 73 in dem fünften Abschnitte, dessen Überschrift lautet: „Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen". Die Einen verstehen unter „Handlung" im Sinne des § 73 die „körperliche Tätigkeit", dagegen unter „strafbarer Handlung" im

1) Motive S. 222 (citiert bei Heinemann S. 51).

2) Eine ähnliche Entwicklung lässt sich in dem Strafrecht der übrigen deutschen Staaten sowie der ausländischen Staaten verfolgen. Vgl. darüber Heinemann, S. 48 ff.; Wachenfeld S. 45 ff.

Sinne der Überschrift den erfüllten gesetzlichen Tatbestand", und suchen so durch den Gegensatz zwischen Überschrift und dem § 73 ihre Theorie zu retten.[1] Die Unrichtigkeit dieser Ansicht wurde jedoch bei der theoretischen Erörterung hinlänglich nachgewiesen. Die Andern gehen richtig davon aus, dass eine Mehrheit von Verbrechen eine Mehrheit von Tätigkeiten voraussetzt; sie nehmen aber den § 73 dennoch für die Verbrechenstheorie in Anspruch, indem sie behaupten, § 73 habe eine Mehrheit von Tätigkeiten im Auge. Binding z. B. sagt,[2] „der § 73 spreche im Gegensatz zu § 74 von mehreren unselbständigen Handlungen".[3] Allein auch die Unhaltbarkeit dieses Begriffes der Einheit der Tätigkeit wurde bereits in der theoretischen Erörterung dargetan. Binding jedoch führt für seine Ansicht die Überschrift ins Feld.[4]

Treffend weist Wachenfeld darauf hin, dass nach dem Wortlaute des bayrischen und ersten preussischen Entwurfs, die beide auf dem Boden der Verbrechenstheorie stehen, die Überschrift durchaus passend gewesen sei, dass es aber nicht angehe, wenn man später den Text geändert und die Überschrift beibehalten habe, letztere zur Interpretation des Textes zu

1) So Olshausen, § 73, Note 1; Frank, § 73, II; Köhler, S. 44 und 45.

2) Binding, Handbuch S. 572.

3) Gut sagt hiergegen Heinemann, S. 82: „Bei dieser Auslegung begeht Binding ganz offenbar denjenigen Fehler, welchen er seinerseits v. Buri und v. Liszt vorwirft: Er oktroiert dem Gesetze seine Auffassungen, um mit deren Hülfe das Gesetz aus den Angeln zu heben. Vgl. S. 60, Note 2 der Darstellung.

4) „Der Abschnitt bedurfte nicht einmal der Überschrift, worin das Gesetz ausdrücklich sagt, dass es jetzt von der

verwenden.[1] Wir kommen somit über einen Widerspruch zwischen der Überschrift des fünften Abschnitts und dem Wortlaute des § 73 nicht hinweg. Da nun aber § 73 nicht eine Mehrheit von Handlungen im Auge haben kann, so muss die Überschrift als irreführend betrachtet werden. Denn bei einem Widerspruche zwischen Text und Überschrift gebührt ersterem ohne Zweifel der Vorzug. Ist doch die Überschrift „nur der äussere Rahmen für die Gesetze, welche den Richter binden";[2] sie dient „nur dazu, die Handlichkeit des Gesetzbuchs zu erhöhen."[3]

Steht somit die Theorie der Konkurrenz mehrerer strafbarer Handlungen mit dem Wortlaute und der Entstehungsgeschichte des § 73 in Widerspruch, so muss nunmehr untersucht werden, ob die Theorie der Gesetzeskonkurrenz im Gesetze eine Stütze findet. Der Wortlaut des § 73: „mehrere Gesetze verletzt" spricht offenbar für sie. Richtig ist es auch, wenn die Vertreter obiger Theorie den § 73 in der Lückenhaftigkeit des Gesetzes begründen. Denn der Gesetzgeber kann und darf nicht für alle möglichen Kombinationen von Verbrechenselementen, die durch e i n e Tätigkeit hervorgerufen werden, besondere Verbrechenstatbestände aufstellen;

Mehrheit strafbarer Handlungen reden wolle." So Binding, S. 572. Und ebendort behauptet er sogar in Anmerkung 10, „die Anlage des Gesetzbuchs zeige, dass die Abschnitte 1 bis 4 wesentlich auf die Verbrechenseinheit Bezug haben, Abschnitt 5 sich hingegen der Verbrechensmehrheit widmen wolle."

1) Wachenfeld, S. 71.

2) Derselbe, S. 71.

3) Jakobs, S. 28. Vgl. auch Heinemann, S. 82: „Gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes kann die damit in entschiedenem Widerspruch stehende Überschrift keine Bedeutung beanspruchen."

sondern von den einfachsten und häufigsten Verbrechensformen ausgehend, schafft er neue, sobald die Notwendigkeit hierzu sich aus deren häufigem Vorkommen und der zu geringen Spannweite der für die einfachen Formen geschaffenen Strafrahmen ergibt. „Die einfachsten Verbrechenstypen treten dem Gesetzgeber am frühsten klar vors Auge. Zur Aufstellung der verwickelteren Begriffe schreitet er erst dann wenn sich die Unzulänglichkeit der einfacheren ergeben hat.“ [1] Begründet man so den § 73 in der Lückenhaftigkeit des Gesetzes, so kann man ihn als eine Aushülfsbestimmung, eine subsidiäre Regel für die Fälle der Idealkonkurrenz bezeichnen.[2] Allein unrichtig ist es, wenn die Anhänger der Gesetzestheorie in dem § 73 eine Definition der Idealkonkurrenz als Verletzung mehrerer Strafgesetze erblicken. Dies tut z. B. Heinemann:[3] „§ 73 definiert die Idealkonkurrenz . . als Verletzung mehrerer Strafgesetze durch eine und dieselbe Handlung.“ In der theoretischen Erörterung wurde bereits dargetan, dass von einer gleichzeitigen Subsumtion unter mehrere Strafgesetze bei Einheit der Tätigkeit ebensowenig gesprochen werden darf, wie von dem gleichzeitigen Vorliegen mehrerer Verbrechen. Dass formell, rein äusserlich betrachtet, mehrere Gesetze verletzt sind, ist ohne weiteres klar; allein dies brauchte uns der Gesetzgeber ebensowenig zu sagen, als dass bei der Gesetzeskonkurrenz nur eine Gesetzesverletzung vorliegt.

1) Binding, Handbuch S. 363.

2) Das Nähere gehört in den nächsten Abschnitt.

3) Heinemann, S. 81. Ähnlich S. 87: „Diese Definition muss für uns massgebend sein.“

Wir kommen somit zu dem Ergebnisse, dass weder die Theorie des Zusammentreffens von strafbaren Handlungen noch die Theorie des Zusammentreffens von Strafgesetzen im § 73 eine Stütze findet, dass namentlich der § 73 keine Definition der Idealkonkurrenz als Konkurrenz von Strafgesetzen enthält.

### b. Die eigene Ansicht.

Was besagt nun aber § 73 RStrGB.?

Bei der theoretischen Erörterung erblickten wir das Wesen der Idealkonkurrenz in dem Zusammentreffen der Elemente mehrerer strafbarer Handlungen bei Einheit der Tätigkeit. Ist nun eine derartige Handlung begangen worden, welche die Merkmale oder Elemente verschiedener strafbarer Handlungen in sich vereinigt, so lässt sich diese Tat unter keine Bestimmung des Gesetzes subsumieren, ohne dass das eine oder die mehreren Elemente, welche Bestandteile der andern formell mitverletzten Delikte bilden, unberücksichtigt bleiben. Das einheitliche Verbrechen ist daher als solches im Strafgesetzbuche nicht mit Strafe bedroht. Gleichwohl kann man unserer Theorie nicht entgegenhalten, dass nach ihr die Handlung straflos sei, da sie „als solche“ nicht mit Strafe bedroht sei und daher nach § 2 StGB. nicht mit Strafe belegt werden könne. Denn man braucht nur die Tätigkeit mit einem ihrer Erfolge zu verbinden, um einen Deliktstatbestand des Gesetzbuches zu erhalten. Ohne weiteres erhellt hieraus, dass die Handlung, wenn sie ein „Mehr“ enthält,

als ein Deliktstatbestand es erheischt, mit Strafe zu belegen ist.

Für die Art und Weise nun, wie diese Handlung zu bestrafen ist, bietet § 73 dem Richter eine Handhabe.

Wenn § 73 sagt, „dasjenige Gesetz komme zur Anwendung, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht", so will das Gesetz durch diese Bestimmung nicht etwa die Handlung unter denjenigen Deliktstatbestand subsumieren, welcher die schwerste Strafdrohung enthält, so dass diejenigen Deliktsmomente, welche den formell mitverletzten leichteren Delikten angehören, unberücksichtigt bleiben. Diese Ansicht vertritt z B. Heinemann.[1] Das Strafgesetzbuch denkt in § 73 ebenso wenig wie an mehrere Verbrechen, an einen Schuldausschliessungsgrund für die formell verletzten leichteren Verbrechen.[2] § 73 enthält über das Wesen der Idealkonkurrenz und darüber, welches Verbrechen zu bestrafen ist, überhaupt keine Bestimmung.

Vielmehr wird die Handlung als solche, „als einheitliche Tat"[3] bestraft, also, wenn wir das vielfach zitierte Schulbeispiel anwenden, als Notzucht eines verheirateten Mannes mit seiner Schwester. § 73 be-

1) Vgl. z. B. S. 80: „Es liegt nur eine Handlung und demgemäss nur ein Verbrechen vor, welches seinem gesamten strafrechtlichen Gehalte nach unter einen einzigen Strafparagraphen subsumiert werden kann." Einen andern Standpunkt vertritt Heinemann freilich S. 101 ff.

2) Diese Konsequenz der Lehre Heinemanns ist verworfen in RGE. Bd. 18, S. 199.

3) So RGE. Bd 8, S. 240.

stimmt nur, dass die Strafe, mit der diese Handlung belegt werden soll, mangels einer besonderen, für die Handlung als solche vorhandenen Strafdrohung, dem Strafrahmen desjenigen Gesetzes entnommen werden soll, welches von den formell verletzten Gesetzen die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten die schwerste Strafart androht.

Bezeichnen wir in dem oben erwähnten Schulbeispiele die ganze einheitliche Handlung, das einheitliche Verbrechen, mit X, den Tätigkeitsakt des Beischlafes mit T, die einzelnen Verbrechen des Ehebruchs, der Blutschande, der Notzucht mit E, J, N; die den betreffenden Delikten entsprechenden, der Tätigkeit voraufgehenden Entschlüsse mit $e_w$, $i_w$, $n_w$, die entsprechenden Erfolgselemente mit $e_e$, $i_e$, $n_e$; die Strafrahmen der drei Delikte mit $e_s$, $i_s$, $n_s$; so ergeben sich folgende Gleichungen:

I. $e_w + T + e_e = E$ (§ 172 StrGB.).
II. $i_w + T + i_e = J$ (§ $173_3$ StrGB.).
III. $n_w + T + n_e = N$ (§ 177 StrGB.).
IV. $X = (e + i + n)_w + T + (e + i + n)_e$.

Hieraus folgt:

X lässt sich nicht aus E, J und N bestimmen, ohne dass man diese Delikte in ihre Bestandteile zerlegt. Setzt man vielmehr mit den Vertretern der Verbrechenstheorie:

$X = E + J + N = (e + i + n)_w + 3T + (e + i + n)_e$,

so nimmt man T zweimal zuviel an, da nur eine Tätigkeit vorhanden ist.[1]

1) Vgl. Schütze, Zeitschrift Bd. III, S. 63: „Der allen drei Delikten gemeinsame Beischlaf gibt, wenngleich nur einmal verübt, für jedes der drei Delikte das zum Begriff ergänzende Merkmal her." Heinemann sagt S. 75 richtig hiergegen: „Mit welchem Rechte Schütze diese dreimalige Ergänzung vor-

Setzt man aber mit Heinemann:[1]

$$X = N = n_w + T + n_e,$$

so ignoriert man zu unrecht die Willens- und Erfolgselemente von J und E.

Dagegen kann man wohl sagen:

I. $e_w + T + e_e = e_s$, d. h. der Strafe von E;

II. $i_w + T + i_e = i_s$, d. h. der Strafe von J;

III. $n_w + T + n_e = n_s$, d. h. der Strafe von N;

IV. $X = n_s$, d. h. der Strafe von N.

Letzteres heisst nur:

Die Handlung X soll mit der Strafe $n_s$ belegt, die Strafe für das im Strafgesetzbuch nicht in die Form eines Tatbestandes gekleidete Delikt X soll dem Strafrahmen des Deliktes N entnommen werden. Dies und nichts weiteres besagt § 73.

Treffend sagt Finger:[2] „Für die strafrechtliche Würdigung dieser Fälle gibt nun § 73 die Anwendungsregel" und Bindung:[3] „Das Gesetz will an erster Stelle garnicht die Begriffe definieren, sondern nur die Regeln für die Behandlung aufstellen".[4]

---

nehmen will, während doch, wie er selbst zugibt, der Beischlaf nur einmal vollzogen ist und daher auch nur einmal als Verbrechenstatbestandsmerkmal in Betracht kommen kann, ist unerfindlich."

1) Heinemann, S. 75: „Zu jedem der drei Delikte gehört als notwendiges gesetzliches Tatbestandsmerkmal die Vollziehung des Beischlafs. Dieses Moment aber ist nur einmal gegeben. Daher kann auch nur eines der in Frage kommenden Delikte in Wahrheit vorhanden sein."

2) Finger, S. 376.

3) Binding, Handbuch S. 577.

4) Gut führt auch Pfefferle aus (S. 53): „Stellt man die bei einem einfachen Idealkonkurrenzfall auftretenden Begriffe durch Kreise dar, so sind die verletzten gesetzlichen Tatbestände durch sich schneidende Kreise auszudrücken, und

§ 73 verlangt Anwendung der Strafe desjenigen Gesetzes, „welches durch die Spannweite seiner Strafrahmen die volle Würdigung der Handlung wenigstens annäherungsweise gestattet".[1] Einige Beispiele mögen dies erläutern:

Der Diebstahl ist in § 242 mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bedroht, die Nötigung in § 240 mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 900 Mark. Wenn nun Jemand einem Andern eine Sache mit Gewalt gegen die Person wegnimmt, so würde diese Handlung mangels einer besonderen für sie bestehenden Strafdrohung als Idealkonkurrenz von Diebstahl und Nötigung zu bezeichnen sein, und daher nach § 73 der Strafrahmen des § 242 zur Anwendung gelangen. Allein dem Gesetzgeber dünkte hier die Strafe von Gefängnis bis zu fünf Jahren zu gering, um die gewaltsame Wegnahme der fremden Sache zu sühnen. Er stellte deshalb für die Handlung den Deliktstatbestand des Raubes auf, wonach auf Zuchthaus, bei Annahme mildernder Umstände auf Gefängnis nicht unter sechs Monaten zu erkennen ist. — Wenn hingegen der Ehemann seine Schwester zum Beischlafe gewaltsam nötigt, so ist freilich für diese Handlung ein Delikts-

---

diese müssen von einem grösseren Kreis, der das den Tatbeständen gemeinsam zu Grunde liegende Rechtsgut — nach unserer Darstellung die einheitliche Handlung X — bezeichnen soll, umschlossen sein. Fällt dann eine konkrete Tat in diesen äusseren Kreis, so ist die Strafe nach demjenigen der gleichfalls verletzten inneren Kreise auszusprechen, der die schwerste Strafe enthält. Dies, nicht mehr und nicht weniger, will § 73 des Reichsstrafgesetzbuches sagen."

1) v. Liszt, Lehrbuch S. 245, III.

tatbestand im Strafgesetzbuch nicht vorhanden. Verbindet man vielmehr die Tätigkeit des Beischlafs t

a) mit dem Umstande, dass der Täter verheirate ist, so ist der Tatbestand des § 172 gegeben, nach welchem, wenn die Ehe wegen des Ehebruchs geschieden ist, Gefängnis bis zu sechs Monaten angedroht ist;

b) mit dem Umstande, dass der Täter den Beischlaf mit seiner Schwester vollzieht, so liegt § 173, Abs. 3 vor, welcher Gefängnis bis zu zwei Jahrenandroht;

c) mit dem Element der gewaltsamen Nötigung, so liegt der Tatbestand des § 177 vor, welcher Zuchthausstrafe androht.

Hier trifft den Täter nach § 73 Zuchthausstrafe bis zu fünfzehn Jahren. Es erhellt ohne weiteres, dass dieser Strafrahmen die volle Würdigung der anderen Deliktselemente, der Qualität des Täters als Ehemannes und Bruders, hinreichend gestattet.

Mit Recht begründen daher v. Liszt,[1] Heinemann,[2] Hiller[3] und Andere den § 73 in der unvermeidlichen Lückenhaftigkeit des Gesetzes.[4]

1) v. Liszt, Lehrbuch S. 245.

2) Heinemann, S. 76.

3) Hiller, Gerichtssaal Bd. 32, S. 237, 238.

4) Gegen den Ausdruck „Lückenhaftigkeit" wendet sich Köhler S. 46, Anmerkung, indem er sagt: „Lücken liegen in Wirklichkeit nur dann vor, wenn die Nichtaufstellung eigener Paragraphen für alle möglichen Kombinationen von Tatbeständen ein Mangel der Gesetzgebung wäre. Gerade das umgekehrte ist der Fall. Es wäre eine zu missbilligende Weitschweifigkeit, wenn der Gesetzgeber sich in unabsehbar umfangreicher Kasuistik erginge, wo er durch wenige allgemeine Regeln über die Behandlung der Fälle des Zusammentreffens das Gleiche erreichen könnte." Allein Köhler trifft mit diesem Vorwurf nicht die Sache; er haftet lediglich an dem Ausdruck „Lückenkaftigkeit". Es bedarf keines

Allein aus der bisherigen Darstellung folgt, dass auch die von v. Liszt und Heinemann dem § 73 gegebene Bedeutung, „es solle das Gesetz . . . Anwendung finden", nicht prägnant genug ist. Nicht Anwendung eines Gesetzes, sondern Anwendung des Strafrahmens eines Gesetzes schreibt § 73 vor.

Neuere Gesetzbücher vermeiden daher auch die Unklarheit des deutschen Strafgesetzbuches und stehen auch dem Wortlaute nach auf unserem Standpunkt. So besagt z. B. der § 73 des Entwurfs eines italienischen Strafgesetzbuchs:[1] „Il colpevole . . . soggiace alla pena stabilita per il reato di titolo più grave". Ähnlich das italienische Strafgesetzbuch vom 30. Juni 1889, Artikel 78: „Colui, che con un . . fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave". Ferner § 69 des Strafgesetzbuchs für den Kanton Freiburg von 1873:[2] „n'est possible que de la peine contre l'infraction la plus grave". Ebenso das Strafgesetzbuch für den Kanton Bern von 1866 in Artikel 58: „. . . wird nur mit der Strafe belegt . . ." Vergleiche auch das Serbische Strafgesetzbuch von 1860:[3] „Wenn

---

Beweises dafür, dass v. Liszt mit dieser Bezeichnung dem Gesetze keinen Mangel vorwerfen will; das ergibt sich schon aus dem Worte „unvermeidlich". Die Argumentation Köhlers ist somit verfehlt. — Ob v. Liszt und Heinemann recht haben, wenn sie die durch § 73 getroffene Lösung für eine „gewaltsame" und „wenig befriedigende" halten, ist erst bei der Würdigung des § 73 vom kriminalpolitischen Standpunkte aus im späteren Teile der Darstellung zu prüfen.

1) Seuffert, Entwurf S. 177.

2) Citiert bei Wachenfeld, S. 68, Note 4.

3) Citiert bei Heinemann, S. 128.

eine . . . Handlung die Merkmale mehrerer Verbrechen . . . in sich enthält, so wird sie mit der Strafe belegt . . .“; ähnlich das Belgische Strafgesetzbuch von 1867, Artikel 65: „Lors que . . ., la peine la plus forte sera seul prononcée“.

Wir kommen somit hinsichtlich der Frage nach der rechtlichen Behandlung der Idealkonkurrenz im Reichsstrafgesetzbuche zu folgendem

Ergebnis:

Eine Definition der Idealkonkurrenz ist weder im Reichsstrafgesetzbuche überhaupt enthalten, noch enthält insbesondere der § 73 eine solche.[1]

§ 73 enthält lediglich für den Fall der Idealkonkurrenz die Anwendungsregel, indem er vorschreibt, dass der Strafrahmen des schwersten der mehreren formell verletzten Gesetze für die Bestrafung der einheitlichen Handlung massgebend sein soll.

### c. Das Verhältnis des § 73 zur gleichartigen Idealkonkurrenz insbesondere.

In der theoretischen Erörterung wurde bereits ausgeführt, dass das Wesen der gleichartigen Idealkonkurrenz sich in nichts von dem der ungleichartigen unterscheidet. Trotzdem ist ihre rechtliche Behandlung im Reichsstrafgesetzbuche, namentlich das Verhältnis

1) Das Fehlen einer Begriffsbestimmung der Idealkonkurrenz betont Wachenfeld S. 74 gegenüber v. Buri: „Somit ist es auch v. Buri nicht gelungen, die Idealkonkurrenz im positiven Recht nachzuweisen“.

des § 73 zur gleichartigen Idealkonkurrenz, sehr bestritten. Der Grund hierfür liegt in dem Wortlaut des § 73. Während nämlich der von der Realkonkurrenz handelnde § 74 StrGB. ausdrücklich sagt: „Gegen denjenigen, welcher . . . mehrere Verbrechen . . . oder dasselbe Verbrechen . . mehrmals begangen hat, . . .“ erwähnt § 73 nur den Fall der ungleichartigen Idealkonkurrenz.

Diese Nichtberücksichtigung der gleichartigen Idealkonkurrenz im § 73 hat zur Aufstellung von drei Ansichten geführt. Die eine Ansicht verlangt Anwendung des § 74 auf die gleichartige Idealkonkurrenz; die zweite Theorie verlangt analoge Anwendung des § 73, während die dritte Ansicht jede Beziehung des § 73 auf die gleichartige Idealkonkurrenz leugnet.

Verfechter der ersten Ansicht ist v. Buri[1] und Ortloff.[2] Letzterer sagt z. B.: „Die kausale Handlung, welche zugleich sich gegen den A, den B und C richtet und jeden derselben an einem Rechte verletzt, teilt sich in ihrer Richtung und ihrem Erfolge in eine Mehrheit strafbarer Handlungen . . ., und jede derselben erscheint als eine selbständige einzelne strafbare Handlung“.[3] Allein bei der theoretischen Erörterung wurde bereits die Unrichtigkeit dieser Ansicht dargetan, und damit fällt auch die praktische Konsequenz der falschen Prämisse.[4]

1) v. Buri, Einheit S. 108.

2) Ortloff, Goltdammers Archiv Band 32, S. 395ff.

3) Ortloff, daselbst, S. 416. Ebenso Kärcher, Gerichtssaal, Bd. 35, S. 498.

4) Vgl. Berner, Lehrbuch, 16. Auflage, S. 290: „Wie reimt es sich . . , wenn man das fortgesetzte Verbrechen wegen der Einheit der Handlung nur als Ein Verbrechen strafen, bei dem

Die Mehrheit der Schriftsteller verlangt analoge Anwendung des § 73. Frank sagt z. B.: [1] „... § 73 ist analog anzuwenden, d. h. keine Häufung von Strafen, sondern nur eine Strafe, die nicht über das Maximum hinauszugehen braucht". Allein nach unserer Auslegung des § 73 ist eine derartige Analogie unrichtig und überflüssig. Denn wenn wir behaupten, § 73 bestimme lediglich Anwendung des Strafrahmens des schwersten Gesetzes, so ist eine analoge Anwendung dieses Paragraphen auf unsern Fall unlogisch, weil es in diesem Falle überhaupt keinem Zweifel unterliegen kann, welcher Strafrahmen zur Anwendung zu bringen ist, weil nur ein Strafrahmen vorhanden ist.[2]

Richtig ist somit die Ansicht, § 73 beziehe sich nicht auf den Fall der gleichartigen Idealkonkurrenz. Jedoch finden wir bei einigen Schriftstellern für diese Ansicht eine unhaltbare Begründung. Heinemann sagt z. B.: „Da es sich . . . weder um ein Zusammentreffen von Verbrechen noch von Strafgesetzen, sondern um ein einheitliches Delikt handelt, welches seinem ganzen strafrechtlichen Gehalte nach unter einen einzigen Strafparagraphen subsumiert werden kann, so wäre . . jede besondere Regelung verfehlt und überflüssig". [3] Allein dass die ganze Handlung die Erfolgselemente desselben Delikts mehr-

idealen Zusammentreffen dagegen, trotz der Einheit der Handlung, über die Strafe nur Eines Verbrechens hinausgehen will?"

1) Frank § 73, III, 3.

2) Ebenso Binding, Handbuch S. 578; Heinemann S. 88, 89. Analoge Anwendung des § 73 fordern unter Andern: Merkel, Lehrbuch, S. 268; Meyer, Lehrbuch, S. 438.

3) Heinemann S. 89. Ebenso Oppenhoff § 73, Anm. 3; v. Liszt, S. 243.

fach enthält, also nicht unter einen Deliktstatbestand vollständig subsumiert werden kann, wurde schon in der theoretischen Erörterung gezeigt. Treffend sagt Berner:[1] „... weil der Gesetzgeber die Entscheidung für zweifellos hält, gibt er für den Fall keine Anordnung, wo durch eine Handlung dasselbe Strafgesetz mehrfach übertreten wird".

Wir kommen somit zu dem

Ergebnis:

Eine Regelung der gleichartigen Idealkonkurrenz ist, weil entbehrlich, weder im Reichsstrafgesetzbuche überhaupt, noch insbesondere durch § 73 erfolgt.

### d. Die Bestrafung der idealkonkurrierenden Delikte nach geltendem Recht.

Haben wir oben nachgewiesen, dass einmal das Wesen der Idealkonkurrenz in dem Zusammentreffen der Elemente verschiedener Verbrechen besteht, andererseits § 73 für diesen Fall lediglich die Anwendungsregel gibt, so ist nunmehr zu prüfen, in welcher Weise § 73 die Bestrafung der ideal konkurrierenden Delikte regelt.

Der § 73 fordert:

1. Anwendung des Strafrahmens desjenigen der formell verletzten mehreren Gesetze, welches die schwerste Strafe, bei ungleichen Strafarten die schwerste Strafart androht;

2. alleinige Anwendung dieses Strafrahmens.

1) Berner, Lehrbuch, S. 292.

Was zunächst die Strafarten angeht, so stufen dieselben sich in folgender Reihenfolge ab: Todesstrafe, Zuchthaus, Gefängnis, Festungshaft, Geldstrafe.[1]

Bei gleichen Strafarten sind zur Beantwortung der Frage nach dem schwersten Delikt die Strafandrohungen in abstracto in Berücksichtigung zu ziehen.[2] Das schwerste Gesetz ist somit dasjenige, welches das höchste Strafmaximum enthält. Sind die Maxima gleich, so entscheidet das höchste Strafminimum der mehreren formell verletzten Gesetze.[3] Die mildernden Umstände sind nur dann ausschlaggebend, wenn die Strafrahmen gleiche Maxima und Minima haben; in diesem Falle ist also derjenige Strafrahmen anzuwenden, welcher die Annahme mildernder Umstände nicht zulässt. Nebenstrafen sind erst in letzter Linie zu berücksichtigen, während Privatgenugtuungen (Busse) und Prozess-

1) Ebenso Wachenfeld S. 76; v. Liszt, Lehrbuch S. 246; vgl. RGE. Bd. 16, S. 302, wonach Geldstrafe stets milder ist als Freiheitsstrafe; und RGE. Bd. 24, S. 58, wonach wahlweise Androhung schwererer Gefängnisstrafe und Geldstrafe milder ist als ausschliessliche Androhung geringerer Gefängnisstrafe.

2) Die Normalstrafdrohung kommt stets zur Anwendung so dass für die Tat des jugendlichen und vermindert zurechnungsfähigen Täters es „keiner Umrechnung bedarf". So Wachenfeld S. 76. Dagegen finden die besonderen Erscheinungsformen des Verbrechens, der Versuch und die Teilnahme, Berücksichtigung. Wie Wachenfeld betont, findet daher bei Idealkonkurrenz zwischen versuchtem Mord und schwerer Körperverletzung keine Konkurrenz von § 244 mit 211, sondern von § 244 mit 211 in Verbindung mit § 43 statt. Der Strafrahmen des § 224 ist daher anzuwenden.

3) Anderer Ansicht Merkel in v. Holtzendorff's Handbuch, Bd. II, S. 583ff, der den höheren Durchschnitt zwischen Maximum und Minimum entscheiden lassen will.

voraussetzungen (Antrag) überhaupt ausser Betracht bleiben.[1]

§ 73 verlangt ferner alleinige Anwendung des schwersten Strafrahmens.

Hat nun hiermit der Gesetzgeber die Berücksichtigung der Elemente der formell verletzten leichteren Verbrechen ausschliessen wollen oder nicht?

Die Anhänger der Theorie der Gesetzeskonkurrenz schliessen naturgemäss die Berücksichtigung der Elemente der leichteren Delikte aus. So sagt z. B. Heinemann:[2] „Die Worte: „So kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe androht, zur Anwendung" ergeben ganz klar, dass der Richter innerhalb der Grenzen des die schwerste Strafe bezw. Strafart androhenden Gesetzes völlg freie Wahl haben soll". Ebenso sagt v. Liszt:[3] „Hat der Richter aber die Wahl einmal getroffen, so ist das mildere Strafgesetz bei der Strafzumessung in keiner Weise zu berücksichtigen". Allein diese Meinung kann auch dann nicht gebilligt werden, wenn man die Theorie der Verbrechenskonkurrenz als unrichtig verwirft.[4]

Die dem Richter zur Beurteilung vorliegende Handlung enthält die Bestandteile mehrerer Delikte des Strafgesetzbuches. Wenn nun auch der Strafrahmen nur eines dieser Delikte zur Anwendung gebracht werden soll, so unterliegt die Handlung trotzdem nicht

1) Vgl. Meyer S. 441; v. Liszt S. 226.

2) Heinemann S. 98.

3) v. Liszt, Lehrbuch, 10. Auflage, S. 125.

4) Heinemann sagt freilich gegen Olshausen S. 97: „Diese Ausführungen gründen sich auf die Auffassung Olshausen's von der Idealkonkurrenz als Verbrechenskonkurrenz und fallen, sobald diese Theorie als unrichtig erkannt ist".

nur insoweit der Beurteilung des Richters, als sie unter den Tatbestand dieses schwersten Delikts sich subsumieren lässt; vielmehr liegt dem Richter die ganze einheitliche Handlung mit all ihren Elementen zur Aburteilung vor.[1]

Es ist jedoch andererseits nicht richtig, von einem „Straferhöhungsgrund" für die nicht unter das schwerste Gesetz fallenden Erfolgselemente zu sprechen. So sagt z. B. Olshausen: „Daraus ergibt sich, dass, wenn der Richter bei Festsetzung der Strafe von dem in concreto strafbaren Delikte ausgeht, er die Idealkonkurrenz des andern Delikts als strafmehrenden Zumessungsgrund berücksichtigen muss".[2][3] Treffend weist einer solchen Ansicht gegenüber Wachenfeld darauf hin, dass die Strafe nicht zunächst für den einen und dann für den andern Erfolg bemessen wird. Die ganze Handlung als einheitliches Delikt liegt vielmehr dem Richter zur Beurteilung vor. Ohne Zweifel kann dieses Delikt in vielen Fällen so geartet sein, dass der Richter das Minimum des schwersten Strafrahmens zur

1) Vgl. Wachenfeld S. 77: „Bei jedem Erfolg müssen Schuld und Strafbarkeit geprüft werden. Ein Erfolg, bei dem das eine oder andere wegfällt, z. B. durch Verjährung, Nichtstellung des Antrags etc. ist aus der Beurteilung der Tat auszuscheiden".

2) Olshausen § 73, Note 34.

3) Gegenüber diesem obligatorischen Strafzumessungsgrund sprechen andere von einem fakultativen. So z. B. Köhler S. 148; Merkel in Holtzendorffs Handbuch, Bd. IV, S. 229; RGE. Bd. 8, S. 84ff; Oppenhoff § 75, Note 17. Praktisch ist die Streitfrage ziemlich bedeutungslos. Jedenfalls aber müssen die Anhänger dieses „Straferhöhungsgrundes" die Nichtberücksichtigung der leichteren Delikte in den Urteilsgründen als eine Verletzung der instruktionellen Vorschrift des § 266, Abs. 3 der Strafprozessordnung ansehen, wie dies auch Köhler S. 148 tut.

Sühnung desselben als vollständig ausreichend ansieht. Hier kann offenbar von einem straferhöhenden Zumessungsgrund keine Rede sein.

Bestritten ist es aber, ob auch in dem Falle auf das Minimum des Strafrahmens des schwersten verletzten Gesetzes erkannt werden kann, wenn dasselbe niedriger ist als das Minimum des mit leichterer Strafe bedrohten Gesetzes. Z. B. ist die fahrlässige Herbeiführung einer Überschwemmung mit Todesfolge (§ 314, II StrGB.) mit Gefängnis von einem Monat bis zu drei Jahren bedroht, während die fahrlässige Tötung in Ausübung eines Berufes (§ 222, Abs. 2) den Strafrahmen von einem Tage bis zu fünf Jahren Gefängnis enthält. Bei Idealkonkurrenz dieser beiden Delikte ist somit, weil ein höheres Maximum enthaltend, der letztere Strafrahmen massgebend. Die Anwendungsregel des § 73 fordert aber, wenn auch, wie soeben ausgeführt wurde, Berücksichtigung der gesamten Tat, so doch andererseits a l l e i n i g e Anwendung eines Strafrahmens. Hieraus folgt, dass der Richter in Anwendung dieses Strafrahmens völlig frei ist, und dass er daher unter das Minimum des leichteren der formell verletzten Delikte herabgehen kann.[1]

Weitere praktische Folgerungen ergeben sich aus der E i n h e i t l i c h k e i t des in idealer Konkurrenz begangenen Delikts.

Eine der wichtigsten Fragen auf prozessualem Gebiete ist: „Müssen im Falle der Verurteilung sämt-

1) Ebenso Wachenfeld S. 82; Köhler S. 149; Bischoff in Goltdammers Archiv, Band 29, S. 142; vgl. RGE. Bd. 8, S. 86 Bd. 16, S. 306; Bd. 18, S. 198.

liche ideell konkurrierende Gesichtspunkte oder nur der schwerste im Urteil festgestellt werden?"

Drei Meinungen haben sich bei Beantwortung dieser Frage gebildet. Die einen verlangen Verurteilung nur wegen des schwersten Delikts, andere Verurteilung wegen sämtlicher Delikte; eine Mittelmeinung verlangt, dass aus dem Urteil die Verletzung mehrerer Gesetze hervorgehe, ohne dass eine Verurteilung dementsprechend zu erfolgen habe.[1]

Den ersteren Standpunkt nehmen die Vertreter der „Gesetzeskonkurrenz" ein. „Da im Falle der Idealkonkurrenz nur Ein Verbrechen vorhanden ist, darf unter allen Umständen auch nur wegen Eines Verbrechens eine Schuldigsprechung erfolgen."[2] Heinemann beruft sich für die Richtigkeit seiner Ansicht vor allem auf § 73 selbst, der die „Anwendung" nur eines Gesetzes verlange, und betont, dass die Verurteilung die wichtigste Anwendung eines Gesetzes darstelle. Es wurde jedoch früher gezeigt, dass § 73 lediglich die Anwendung des Strafrahmens eines Gesetzes ver-

---

1) Letztere Meinung behandelt, wie Wachenfeld S. 79 betont, die mit milderen Strafen bedrohten Rechtsverletzungen als obligatorische Straferhöhungsgründe. Mit der Unhaltbarkeit dieser Ansicht fällt auch ihre Folgerung in sich zusammen. Es braucht daher im Folgenden auf diese Meinung nicht mehr eingegangen zu werden.

2) So Heinemann S. 95. Derselbe führt daselbst, was oben schon als falsch dargetan wurde, aus, dass der incestuose Ehebrecher sich lediglich einer gesetzlich fixierten Handlung, entweder des Ehebruchs oder der Blutschande schuldig gemacht habe. Vgl. auch Hälschner S. 683: „Soll nur ein Gesetz zur Anwendung kommen, so wird folgerecht nicht nur die Strafe, sondern auch die Verurteilung nur auf Grund des einen Gesetzes ausgesprochen werden dürfen".

langt, dass er hingegen die Subsumtion der ganzen Handlung unter einen Deliktstatbestand weder fordern kann noch fordert.

Wenn aber eine Handlung begangen worden ist, die infolge der unvermeidlichen Lückenhaftigkeit des Gesetzes nicht zum Tatbestand eines Deliktes gemacht worden ist, sondern Elemente mehrerer Delikte enthält, so entspricht es sowohl dem Rechtsgefühl als auch dem Sinn des Gesetzes, die Verurteilung wegen der Handlung als solcher, — und da ein anderer Ausweg nicht vorhanden ist, wegen der mehreren formell bestehenden Rechtsverletzungen — auszusprechen. Mit dieser Ansicht machen wir der Theorie der Verbrechenskonkurrenz keine Konzessionen. Denn wenn schon Wachenfeld[1] betont, dass diese Frage der Gesetzesanwendung und die Frage nach der Verbrechensmehrheit nicht zusammenhängen, so kann bei uns von einer Konzession an die Theorie der Verbrechenskonkurrenz umsoweniger die Rede sein, als wir in § 73 nicht einmal einen Hinweis auf das anzuwendende Gesetz, sondern lediglich auf den anzuwendenden Strafrahmen eines Gesetzes erblicken.

Die Feststellung, dass der Täter eine Handlung begangen hat, die formell gegen mehrere Strafgesetze verstösst, muss jedoch nicht nur in den Urteilsgründen erfolgen, sondern auch in der Urteilsformel zu Tage treten. Hat z. B. A durch eine Tätigkeit den B vorsätzlich verletzt und den C fahrlässigerweise getötet, so ist die Handlung Idealkonkurrenz von § 222 und § 223. Da § 222 im Gegensatze zu § 223 keine Geldstrafe zu-

1) Wachenfeld S. 79.

lässt, demnach den höheren Strafrahmen enthält, so findet der Strafrahmen des § 222 auf die Handlung Anwendung. Wie Wachenfeld[1] ausführt, musste die Urteilsformel im obigen Falle regelrecht lauten: „A wird wegen einer unter die §§ 222, 233 StrGG. zu subsumierenden Handlung nach § 222 mit der Strafe X belegt." Diese Formel wäre jedoch zu schwerfällig. Am einfachsten und doch prägnantesten erscheint mir die Formel: „A wird wegen fahrlässiger Tötung in Idealkonkurrenz (oder: in einheitlichem Zusammenhange) mit Körperverletzung aus § 222 StrGB. mit der Strafe X belegt."[2] Diese Fassung lässt deutlich erkennen, dass der Täter in einer Handlung die Erfolgselemente zweier Delikte, des § 222 und des § 223 StrGB., verwirklicht hat.

Die wichtigste materielle Folge dieser unserer Ansicht, dass die Verurteilung wegen der ganzen Tat erfolgen muss, ist die Behandlung des Rückfalls. Die zu beantwortende Frage lautet: Ist Rückfall dann gegeben, wenn dasjenige Delikt, auf welches die Rückfallstrafe sich gründet, als leichteres mit einem schwereren ideell konkurriert? Z. B. der wegen Betrugs Angeklagte ist bereits einmal wegen Betrugs nach § 263 StrGB., ein zweites Mal wegen Betrugs in Idealkonkurrenz mit schwerer Urkundenfälschung nach § 268 verurteilt worden. Ist gleichwohl gegen den Angeklagten die Rückfallstrafe des § 264 anzuwenden?

1) Wachenfeld S. 80.

2) So Kroschel, die Abfassung der Urteile in Strafsachen, Berlin, 1902 (dritte Auflage) S. 11. Vgl. auch RGE. Bd. 27, S. 86 Auch die Fassung Wachenfeld's (S. 80): „wegen fahrlässiger Tötung und Sachbeschädigung in einer Handlung" ist zutreffend.

Die Vertreter der Verbrechenstheorie bejahen naturgemäss die Frage ohne weiteres,[1] während dieselbe von den Anhängern der Theorie der Gesetzeskonkurrenz verneint wird.[2]

Schon eine allgemeine Betrachtung ergibt, dass das Recht, wenn es eine Handlung bei wiederholter Begehung mit einer höheren Strafe belegt, diesen erhöhten Strafrahmen sicherlich dann eintreten lassen will, wenn der Täter eine Handlung begangen hat, die der mit der Rückfallstrafe bedrohten Handlung gegenüber lediglich ein „Mehr" darstellt. Nehmen wir folgendes Beispiel an: Der Kommis A erhebt bei einer Bank, mit der sein Herr in Geschäftsverbindung steht, ohne Auftrag zu haben, 1000 Mark, um sie mit Genossen zu verzechen. Strafe aus § 263. Wird A wegen eines solchen Betruges zweimal bestraft und begeht dieselbe Handlung zum dritten Male, so trifft ihn die Strafe des § 264, Zuchthaus bis zu 10 Jahren und eventuell Geldstrafe bis zu 6000 Mark, bei Annahme mildernder Umstände Gefängnis nicht unter drei Monaten. Ist aber A verwegen genug, beim zweiten Male einen Wechsel zu fälschen und durch diesen den Betrag zu erschwindeln, so begeht er das Delikt des § 268 in Idealkonkurrenz mit § 263 StrGB. Bei einem dritten, einfachen Betruge könnte nun nach der Liszt'schen Theorie gegen diesen Menschen, der durch Fälschung

1) Vgl. Oppenhoff § 73, Note 13; Binding, Grundriss S. 213; Meyer S. 442; Olshausen § 73, Note 24b; Frank § 73, V; Köhler S. 73; RGE. Bd. 18, S. 193; Bd. 27, S. 86.

2) So v. Liszt S. 246; Heinemann S. 96; v. Buri, Einheit, S. 110; derselbe, Gerichtssaal, Bd. 35, S. 522; Hälschner, Bd. I, S. 683; Schütze, Zeitschrift, Bd. 3, S. 72; Jakobs S. 51.

einer Urkunde seine Gefährlichkeit für das staatliche Gemeinwesen in einem weit höheren Maase bewiesen hat, nach § 263 nur auf Gefängnis erkannt werden. Dieses Beispiel zeigt die unhaltbaren Folgerungen der Theorie der Gesetzeskonkurrenz zur Evidenz. Aber auch aus dem Wesen der Idealkonkurrenz ergibt sich die Richtigkeit unserer Ansicht. Wer in einer Tätigkeit eine Quittung fälscht und dadurch einen Geldbetrag erschwindelt, begeht eine Handlung, die sich weder unter § 263 noch unter § 268 ihrem ganzen Inhalt nach subsumieren lässt. Er begeht nicht lediglich das Delikt des § 268, sondern ein solches, das die Erfolgselemente des § 268 und des § 263 in sich enthält. Verbindet man daher die Tätigkeit mit dem Erfolgselemente des § 263, so hat der Täter einen Betrug begangen, und damit ist das Erfordernis des § 264 vorhanden. Treffend sagt das Reichsgericht:[1] „Hat der Angeklagte, dessen Handlung gleichzeitig die Merkmale des Betrugs und der Urkundenfälschung besitzt, das Strafgesetz gegen Betrug verletzt, .... so ist jedenfalls kein Grund ersichtlich, weswegen er dennoch nicht wegen Betrugs bestraft werden sollte, und am wenigsten wäre es begreiflich, weshalb dieses der gleichzeitigen Schuld der Fälschung wegen nicht geschehen sollte."

Habermaas[2] und Geyer[3] wollen eine Rückfallstrafe deshalb nicht eintreten lassen, weil dieselbe eine „Bestrafung" voraussetze, die mit dem schwersten Delikt konkurrierenden leichteren Delikte jedoch gar

1) R. B. 10, S. 576.
2) Habermaas S. 27.
3) Geyer, Grundriss, Bd. I, S. 189.

nicht bestraft würden. Allein auch gegen diese Ansicht ist zu sagen: Begangen ist und bestraft wird die ganze, einheitliche Tat, nicht nur dasjenige Delikt, welches den Strafrahmen für die Tat hergibt.[1]

Eine weitere Folgerung aus der Einheitlichkeit der Handlung ist, dass bei Idealkonkurrenz die mildernden Umstände nur einheitlich bejaht oder verneint werden können, und dass demnach nur eine Frage wegen mildernder Umstände an die Geschworenen gestellt werden darf.[2] Köhler bekämpft diese Ansicht mit der Begründung, dass es mildernde Umstände gebe, die sich nur auf eines von mehreren ideell konkurrierenden Delikten beschränken; er führt mehrere Beispiele zum Beweise an. Allein wenn z. B. A wegen Brandstiftung häufig vorbestraft ist, so mildert der Umstand, dass er das in Idealkonkurrenz mit dieser begangene Vermögensdelikt des Versicherungsbetrugs noch nicht begangen hat, auch nicht die Strafbarkeit des letzteren Deliktes. Massgebend für die Zubilligung der mildernden Umstände ist lediglich die ganze Tat unter Würdigung ihrer sämtlichen rechtlichen Gesichtspunkte.

Aus der Einheitlichkeit der Handlung folgt ferner, dass, wenn die in Idealkonkurrenz begangene strafbare Handlung auf Grund der mündlichen Verhandlung zur Aburteilung gelangt ist, einer nochmaligen Verfolgung derselben der Grundsatz „ne bis in idem" entgegensteht, selbst wenn das eine oder andere der konkurrierenden

1) So Wachenfeld S. 81.

2) Mit dem Text: Heinemann S. 100; RGE. Bd. 14, S. 8; R. G. R. Bd. 10, S. 158; anderer Ansicht Köhler S. 163 ff.

Elemente unberücksichtigt geblieben ist.[1] Einer Wiederaufnahme des Verfahrens steht in diesem Falle auch der § 403 StrPO. entgegen, nach welchem eine Wiederaufnahme zum Zwecke der Änderung der Strafe innerhalb des durch dasselbe Gesetz bestimmten Strafmasses nicht stattfindet. Eine Wiederaufnahme erscheint hiernach wohl möglich, wenn „die später ermittelten Erfolge die Anwendung eines härteren Strafgesetzes begründen".[2] Andererseits ist ein neues Strafverfahren trotz Aburteilung eines Teiles der Handlung zulässig, wenn der vollen Aburteilung der Handlung z. B. wegen fehlenden Antrages ein rechtliches Hindernis entgegenstand. In diesem Falle ist nach Stellung des Antrages ein neues Strafverfahren zulässig, bei welchem entweder die frühere Strafe in die spätere eingerechnet wird oder es bei der früheren Strafe verbleibt.[3]

Nach der Bestimmung des § 73 wird die in Idealkonkurrenz begangene Handlung nur mit einer Strafe belegt. Unter Strafe ist jede Strafe des Gesetzbuches, Hauptstrafe und Nebenstrafe, zu verstehen. Es ist daher unzulässig, neben der Hauptstrafe aus dem schwereren Delikt auf eine Nebenstrafe aus dem leichteren zu erkennen. Dies trifft jedoch nur bei solchen Nebenstrafen zu, welche den Charakter der Strafe besitzen, findet demnach keine Anwendung bei Privatgenugtuungen und polizeilichen Massregeln.

Keine Strafe, sondern eine Entschädigung, wenn auch nicht rein privatrechtlicher Art, ist die Busse.

1) So Olshausen § 73, Note 38; RGE. Bd. 3, S. 210; Bd. 8 S. 135; R. G. R. Bd. 3, S. 343; vgl. Heinemann S. 99.

2) So Wachenfeld S. 82 mit guter Begründung.

3) So Olshausen S. 73, Note 34; ebenso Binding, Handbuch, Bd. I, S. 634.

Voraussetzung der Zuerkennung einer Busse ist Verurteilung des Angeklagten wegen einer Gesetzesverletzung. Kann nun auf eine Busse nur wegen des leichteren der mehreren formell verletzten Delikte erkannt werden, so ist es trotzdem zulässig, neben der Strafe aus dem Strafrahmen des schwereren Delikts auf Busse zu erkennen,[1] da die ganze Handlung dem mit der geringeren Strafe bedrohten Tatbestande gegenüber lediglich ein „Mehr" darstellt.

Dasselbe gilt von polizeilichen Massnahmen, z. B. von der Einziehung solcher Gegenstände, welche dem Täter oder einem Teilnehmer nicht gehören,[2] ferner von der Vermögensbeschlagnahme. Folgendes Beispiel erläutere dies. § 81 StrGB. bedroht denjenigen, der es unternimmt, einen andern Bundesfürsten — im Gegensatze zu § 80, der vom Kaiser, dem eigenen Landesherrn und dem Landesherrn des Aufenthaltsstaates spricht — zu töten, mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe oder Festungshaft. Die überlegte vorsätzliche Tötung eines Bundesfürsten ist nach § 211 in Verbindung mit § 81 zu bestrafen. Die Annahme einer Idealkonkurrenz ermöglicht es in diesem Falle, neben der Todesstrafe die in § 93 zulässige Massregel der Vermögensbeschlagnahme auszusprechen.[3]

1) Ebenso Wachenfeld S. 81; Köhler S. 169, 170; v. Liszt S. 246. Anderer Ansicht Jacobs S. 40.

2) Die herrschende Meinung fasst die Einziehung eines keinem der Beteiligten gehörenden Gegenstandes als polizeiliche Präventivmassregel auf. Vgl. E. Bd. 14, S. 141; Frank, § 40, I; Wachenfeld in v. Holtzendorff-Köhler's Encyklopädie, Bd. II, S. 283.

3) Mit dem Text: Seuffert, Anarchismus und Strafrecht S. 94, Anm. 148; RGE. Bd. 6, S. 181; Habermaas S. 51, 52; Köhler S. 129. Anderer Ansicht: Pflaum S. 40.

## III. Abschnitt.

# Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz.

## 1 Würdigung eines allgemeinen Unterscheidungsmerkmals.

Nachdem in dem ersten und zweiten Abschnitte das Wesen und die rechtliche Behandlung der Ideal- und Gesetzeskonkurrenz behandelt sind, ist nunmehr zu untersuchen, ob sich ein allgemeines Merkmal aufstellen lässt, nach welchem festgestellt werden kann, ob eine Handlung mehrere Erfolgselemente eines oder mehrerer Delikte in sich vereinigt oder nur ein, freilich auf den ersten Blick nicht erkennbares, Erfolgselement enthält.

Mehrfache Versuche sind in dieser Hinsicht gemacht worden. Die Einen legen das entscheidende Gewicht auf das objektive Moment, während die Andern das subjektive Element entscheidend sein lassen.

Die Anhänger der „objektiven Theorie“ [1] stellen die Einheit oder Mehrheit der verletzten Rechtsgüter

1) Das Rechtsgut lassen entscheidend sein u. a.: Habermaas S. 2; Thomas S. 23; Hälschner, Bd. I, S. 658.

als entscheidendes Kriterium auf. Allein zunächst ist der Begriff des Rechtsguts ein nicht feststehender. Denn wenn man, wie z. B. Binding, Rechtsgut definiert als „alles, dessen ungestörte Erhaltung der Gesetzgeber sicher stellen muss", so ist damit festgestellt, dass der Kreis der Rechtsgüter kein festumgrenzter ist, sondern sich stets verändert; denn die ungestörte Erhaltung, die heute für die Rechtsordnung von grösstem Werte ist, braucht es morgen nicht mehr zu sein, und umgekehrt. Ferner ist gegen diese Theorie des „Rechtsgutskriteriums" einzuwenden, dass die Einteilung der Rechtsgüter eine völlig flüssige ist. Der Gesetzgeber selbst schafft nicht immer den Begriff des einzelnen Rechtsgutes, sondern er entsteht durch die Einteilung der Rechtsmaterien durch die Systematiker. „Hieraus folgt, dass zwei Strafgesetze bald zu einem, bald zu verschiedenen Rechtsgütern gezählt werden können, je nachdem, was man sich als Rechtsgut im Einzelfall vorstellt".[2] So verletzt z. B. der Räuber offenbar zwei Rechtsgüter, das Rechtsgut des Eigentums und der freien Bewegung. Trotzdem erfüllt er lediglich den Tatbestand des § 249 StrGB., und ungeachtet der mehreren verletzten Rechtsgüter liegt keine Idealkonkurrenz vor. Der Rechtsgutsbegriff lässt sich demnach nicht als sichere Grundlage für die Unterscheidung verwerten. Köhler legt das entscheidende Gewicht auf die Einheit oder Mehrheit der „Schuld". Er sagt:[3] „Bei gleichzeitiger Anwendbarkeit mehrerer gesetzlicher Tat-

1) Binding, Handbuch, S. 169.

2) Köhler S. 65. Vgl. überhaupt die Darstellung bei diesem S. 64—67.

3) Köhler S. 62.

bestände ist Idealkonkurrenz nur dann gegeben, wenn die denkbaren mehreren rechtlichen Erfolge auch eine Mehrheit von rechtlichen Erfolgsvorstellungen, von Motiven, in dem Täter erwecken mussten, durch die er sich von seinem Tun hätte abhalten lassen sollen; oder mit anderen Worten: Wenn bei einer Mehrheit von gleichzeitig verletzten gesetzlichen Tatbeständen eine Mehrheit von Schuldvorstellungen erweckt worden sein musste, besteht Idealkonkurrenz.“ Diese Worte Köhlers sind richtig; das Fehlerhafte liegt darin, dass Köhler mit diesem Satze ein Unterscheidungsmerkmal zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz aufstellen will. Unzweifelhaft „will das geltende Recht prinzipiell nur schuldhafte Handlungen bestrafen und will im konkreten Falle nur so oft als verletzt gelten, als es selbständige Schuldfälle für gegeben erachten kann.“ Wer z. B. mit seiner verheirateten Schwester Ehebruch treibt, der muss sowohl die Erfolgsvorstellung des Ehebruchs als des Incestes haben, d. h. er muss sowohl das Bewusstsein haben, mit seiner Schwester, als mit einer verheirateten Person den Beischlaf zu vollziehen. Weiss er nicht, dass seine Schwester verheiratet ist, so liegt nach Köhler Idealkonkurrenz von § 172 und § 173 StrGB. deshalb nicht vor, weil nach § 59 sich der Täter im Irrtum über die Qualität seiner Schwester als Ehefrau befand und deshalb nur „Schuldeinheit“ gegeben ist. Allein jedenfalls bewirkt diese „Schuldeinheit“ keine Gesetzeskonkurrenz, keinen Subsumtionszweifel, sondern es liegt einfache Gesetzesverletzung vor, die auf den ersten Blick in ihrer ganzen recht-

1) Derselbe, S. 62.

lichen Beziehung erfasst werden kann. — Der Fehler liegt bei Köhler hauptsächlich darin, dass er das Unterscheidungsmerkmal einem Elemente entnimmt, das mit der Frage nach Einheit und Mehrheit der Handlung und damit des Verbrechens nur geringe Berührungspunkte aufweist. Die §§ 51, 59 StrGB., die Köhler[1] anführt, stellen einen Schuldausschliessungsgrund dar; es geht aber nicht an, die Frage nach der Verschuldung, des ausserhalb der Handlung stehenden Verbrechenselements, aufzuwerfen, bevor man die Frage entschieden hat, ob eine Handlung mehrere strafrechtliche Erfolge enthält, oder ob lediglich ein Zweifel herrscht, welcher strafrechtliche Erfolg als vorhanden anzusehen ist. Wenn daher Köhler sagt: „Bei gleichzeitiger Anwendbarkeit zweier gesetzlicher Tatbestände ... besteht Idealkonkurrenz", so stellt er in dem Vordersatze dasjenige als bewiesen hin, was er erst beweisen will. Es fragt sich ja eben: „Wann sind die Elemente mehrerer Verbrechen in einer Handlung gleichzeitig vorhanden?" Die Frage nach der Verschuldung ist eine erst dann zu erörternde, wenn die Subsumtion der Handlung unter das eine oder die mehreren formell verletzten Gesetze vollendet ist. Hieraus ersehen wir, dass aus dem „Schuldmomente" eine Unterscheidung sich nicht herleiten lässt. Um die mehreren „Erfolge" oder Elemente zu bestrafen, müssen sie sämtlich von der Schuld umfasst sein; dass aber, wenn mehrere Erfolge mehrere getrennte Schuldvorstellungen haben, auch mehrere Deliktsmomente vorhanden sind, ist unrichtig. Treffend sagt v. Liszt:[2] „Das von

1) Köhler S. 62.

2) v. Liszt, Lehrbuch, S. 244, Anm. 3.

Köhler aufgestellte Unterscheidungsmerkmal: dort einfache Schuld, hier mehrfache Schuld, vermag wohl auch diejenigen nicht zu befriedigen, die an der „idealen Verbrechenskonkurrenz" festhalten."

Höpfner[1] enthält sich eines Urteils über den Wert des angegebenen Unterscheidungsmerkmals, da „ein solches eine Kritik des Schuldbegriffs zur Voraussetzung hätte." Allein eine Kritik des Schuldbegriffs ist, wie wir oben sahen, nicht erforderlich, wenn man nur betont, dass die „mehrfachen Erfolgsvorstellungen" Köhler's nicht unbedingt zu einer Mehrheit von Erfolgselementen, die durch eine Tätigkeit hervorgerufen werden, führen müssen. Gleichwohl sagt Höpfner:[2] „Bedenken erregt es, wenn anderwärts (S. 145) gesagt wird, die Unterscheidung beruhe darauf, ob nach dem Willen des Gesetzes die Schuld des Täters an einer und derselben Handlung als eine einheitliche (einfache) bereits in einem gesetzlichen Tatbestande gewürdigte oder als eine mehrfache anzusehen ist. Dies ist nur verständlich, wenn man voraussetzt, dass das Gesetz möglicherweise einfache Schuld als mehrfache und mehrfache als einfache „angesehen" wissen wolle." Diese Voraussetzung ist aber von Köhler nicht nachgewiesen, sondern nichts anderes als eine Fiktion.

Wir kommen somit weder mit dem Begriff des Rechtsguts noch mit der Verwertung des Schuldbegriffs zu einem befriedigenden Resultat. Ein allgemein gültiges Unterscheidungsmerkmsl lässt sich daher überhaupt nicht aufstellen. „In allen Fällen ist vielmehr darauf

1) Höpfner S. 184, Anm.
2) derselbe, S. 184, Anm.

zu sehen, ob die Kollision der mehreren auf ein und dasselbe vorliegende Faktum anwendbaren Gesetze sich schon auf natürlichem Wege lösen lässt, oder ob vielmehr die „eine Handlung" durch keinen der im Gesetze enthaltenen Deliktsbegriffe in ihrem strafrechtlichen Gehalte völlig erschöpft, sondern unter verschiedene Strafgesetze zugleich subsumiert werden kann, dergestalt, dass bei Subsumtion der Handlung unter ein Strafgesetz immer noch ein Überschuss sich ergibt, der nur durch seine Beziehung unter einen andern Deliktsbegriff seine rechtliche Würdigung finden kann."[1] Die Entscheidung, ob Idealkonkurrenz oder ein blosser Subsumtionszweifel vorliegt, kann daher nur an der Hand eines konkreten Einzelfalles geprüft werden, da die ganze Frage nicht in die Lehre von der Einheit und Mehrheit der Verbrechen, sondern in die Lehre von der Auslegung der Strafgesetze hineingehört.[2 3]

1) Hiller, Gerichtssaal, Band 32, S. 236.

2) Vgl. v. Liszt, Lehrbuch, S. 244, Anm. 3; S. 245, Anm. 5; ebenso Wachenfeld S. 53: „Ob die verschiedenen, auf die Handlung passenden Gesetze eine wirkliche Gesetzeskonkurrenz zulassen oder ausschliessen, kann nur nach positivem Recht entschieden werden. An der Hand desselben hat man sorgfältig zu prüfen, in welchem Verhältnisse die in Betracht kommenden Gesetze zu einander stehen".

3) Ist es somit zwecklos, ein allgemeines Unterscheidungsmerkmal zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz zu suchen, so ist es geradezu falsch und unlogisch, die Frage aufzuwerfen, wann eine bestimmte Handlung eine gleichartige Idealkonkurrenz, wann einen blossen Subsumtionszweifel darstellt. Köhler bezeichnet beispielsweise S. 52 die Schädigung zweier Vermögen durch Betrug in einer Handlung als „Gesetzeskonkurren ". Allein von einem Zweifel, unter welche Be-

## 2. Die Abgrenzung der Gesetzeskonkurrenz von der Idealkonkurrenz im geltendem Rechte; Arten der Gesetzeskonkurrenz.

Im vorigen Teile der Abhandlung wurde gezeigt, dass ein allgemeines Merkmal zur Unterscheidung der Ideal- und Gesetzeskonkurrenz nicht vorhanden ist, sondern bei jedem konkreten Falle untersucht werden muss, ob eine Erfolgsmehrheit tatsächlich gegeben ist oder das Gesetz den gesamten Erfolg unter einen Tatbestand subsumiert.

Hier ist darzustellen, welche Anhaltspunkte bei dieser Untersuchung vorliegen, nach denen die Entscheidung zu treffen ist.

Man gewinnt diese Anhaltspunkte durch Beantwortung der Frage: In welchem Falle ist nach dem Willen des Gesetzgebers die Annahme einer Idealkonkurrenz ausgeschlossen, und welches der formell verletzten mehreren Gesetze soll alleinige Anwendung finden?

Zur Beantwortung dieser Frage hat man die Gesetzeskonkurrenz nach den verschiedensten Gesichtspunkten gegliedert. Denn wenn auch die Fälle der Gesetzeskonkurrenz das Gemeinsame haben, dass bei ihnen lediglich ein Zweifel über das anzuwendende

stimmung des Gesetzes die Vermögensbeschädigung an Sachen mehrerer Personen zu subsumieren sei, kann überhaupt nicht gesprochen werden. Hier liegt nicht Gesetzeskonkurrenz, sondern eine einfache Rechtsverletzung vor. Die Aufstellung eines Unterscheidungsmerkmals zwischen der gleichartigen Idealkonkurrenz und der Gesetzeskonkurrenz ist daher unlogisch, weil beide gar keine Berührungspunkte haben.

Strafgesetz besteht, so ist doch die Lösung dieses Subsumtionszweifels verschieden.[1] Sie ist leicht, wenn das Gesetz ausdrücklich die alleinige Anwendung eines Tatbestandes fordert; sie ist verschieden, je nachdem man von dem engeren Tatbestand oder der weiteren Bestimmung ausgeht. Als hauptsächliche Arten unterscheidet man die Spezialität, die Subsidiarität und die Konsumtion.

### a. Spezialität.

Der einfachste Fall der Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn der Gesetzgeber den allgemeinen Tatbestand in einer durch Hervorhebung besonderer Voraussetzungen konkreteren Gestaltung zum Gegenstande einer andern Strafdrohung macht. Hier bestimmte schon die lex 41 Dig. de poenis 48,19, indem sie besagte: in omni jure species generi derogat, die alleinige Anwendung des engeren, spezielleren Tatbestandes. Der dem allgemeinen Tatbestande entnommene engere Tatbestand kann nun diesem gegenüber qualifizierend wirken, d. h. eine schwerere Strafe androhen, oder privilegierend sein, d. h. einen leichteren Strafrahmen enthalten. Man kann daher innerhalb der Spezialität drei Fälle unterscheiden:

α) Das Zusammentreffen eines einfachen Gesetzes mit einem qualifizierten.

So ist z. B. § 215 (Tötung eines Ascendenten) dem einfachen Todschlag des § 212 gegenüber ein qualifiziertes Spezialdelikt. Bei Anwendbarkeit des

1) Die Einteilung der Gesetzeskonkurrenz geschieht nach verschiedenen Gesichtspunkten. Vgl. nur die verschiedenen

§ 215 kommt daher § 212 gar nicht in Frage. Zu den qualifizierten Delikten gehören vor allem die sogenannten Erfolgsdelikte, d. h. diejenigen Tatbestände, bei denen der Eintritt eines weiteren Erfolges ohne Rücksicht auf ein diesen Erfolg umfassendes Verschulden eine höhere Strafe herbeiführt.[1] Qualifizierend wirkt auch in vielen Fällen die Beamtenqualität des Täters,[2] in anderen Fällen der weitere Zweck,[3] der mit einer an sich strafbaren Handlung verbunden ist.

### 3) Das Zusammentreffen eines einfachen Gesetzes mit einem privilegierten.

Wer z. B. auf ernstliches und dringendes Verlangen einen andern tötet, soll lediglich nach § 216 bestraft werden. In § 217 nimmt das Gesetz durch Androhung einer den §§ 211 und 212 gegenüber milderen Strafe Rücksicht auf den Zustand der Mutter, die ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt tötet. Der Mundraub des § 370 No. 5 ist privilegierend gegenüber § 242, das Fälschen eines Legitimationspapiers nach § 363 privilegierend gegenüber der gemeinen Urkunden-

---

Einteilungen bei Köhler S. 67ff; Binding, Handbuch S. 349ff und 527ff; Wachenfeld S. 53ff; Finger S. 377; Pfefferle S. 58ff; v. Liszt S. 244; Meyer S. 432; Frank § 73, VII; Höpfner S. 175ff. Der Streit über die Zweckmässigkeit der Einteilungen ist rein terminologisch.

1) Vergl. z. B. §§ 178; 226; 220, Abs. 2; 221, Abs. 3; 229, Abs. 2; 206; 239, Abs. 2 und 3; 315; 321; 322; 323; 324; 326; 327; 328.

2) Vgl. z. B. §§ 339; 341; 348.

3) Vgl. §§ 268, 133, Abs. 1 und 2; 258; 265.

fälschung des § 267. Auch der mit der Handlung verbundene Zweck kann strafmildernd wirken.[1]

### γ. Das Zusammentreffen von qualifizierten und privilegierten Gesetzen.

Wer z. B. seinen Vater auf dessen ernstliches und dringendes Verlangen tötet, dessen Tat enthält dem § 212 gegenüber einmal den Milderungsgrund des § 216, anderen den erschwerenden Umstand des § 215. Hier ist § 216 allein anwendbar. Denn § 216 würdigt ebenso wie die Überlegung des § 211, den Erschwerungsgrund des § 215; kann doch, wie Binding[2] sagt, „der Milderungsgrund des § 215 dem lebensmüden Ascendenten gegenüber an Kraft noch gewinnen". — Der Mundraub des § 370 No. 5 ist auch beim Zusammentreffen mit dem qualifizierten Diebstahl des § 243 allein anzuwenden.[3] — Ähnlich ist das Verhältnis von § 247 zu § 243. Der Diebstahl gegen Angehörige und die übrigen in § 247 bezeichneten Personen wird stets nur auf Antrag verfolgt, ist, wenn von Ascendenten gegen Descendenten oder von einem Ehegatten gegen den andern begangen (§ 247, Abs. 2), stets straflos, mag er auch unter den erschwerenden Umständen des § 243 begangen sein.[4]

1) Z. B. § 313 Abs. 2: Herbeiführung einer Ueberschwemmung in der Absicht, das eigne Eigentum zu schützen.

2) Binding, Handbuch, S. 528, Anm. 13; ebenso Wachenfeld S. 53.

3) Mit dem Text: Köhler S. 217; anderer Ansicht Binding, Handbuch, S. 528, Anmerk. 13.

4) Mit dem Text Frank, § 247, I; Binding S 528, Anm. 12; Wachenfeld S. 54 oben; v. Bar, Archiv für Strafrecht, Bd. 19, S 651.

### b. Die Subsidiarität.

Sie ist vorhanden, wenn „zwei Strafgesetze, die teilweise dieselben oder aber zwei einander ergänzende Tatbestände bedrohen, nicht im Verhältnis von lex specialis und lex generalis stehen, und dennoch das eine stets nur dann Anwendung finden will, falls das andere nicht Anwendung findet".[1] Diese subsidiäre Anwendung eines Tatbestandes schreibt manchmal der Gesetzgeber ausdrücklich vor, daneben findet man durch Auslegung die stillschweigende Subsidiarität, sowohl der mehreren Strafgesetze zu einander als auch der Verbrechensformen.

#### α) Die „ausdrückliche" Subsidiarität.

Oft verlangt ein Strafgesetz nur dann Anwendung, „wenn die Handlung nicht durch ein anderes Gesetz mit Strafe bedroht ist", oder, wie es in strafrechtlichen Nebengesetzen manchmal heisst, „wenn nicht schon nach den allgemeinen Strafgesetzen eine härtere Strafe verwirkt ist". So tritt z. B. nach § 207 bei Übertretung der Regeln des Zweikampfs die Strafe der Tötung oder Körperverletzung ein, sofern nicht die bezüglichen Duellbestimmungen schwerere sind. Ausdrückliche subsidiäre Anwendung verlangen ferner: § 98 gegenüber § 94; § 99 gegenüber § 95; § 100 gegenüber § 96; § 101 gegenüber § 97. § 353a verlangt nur Anwendung, wenn „nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist". Viele Beispiele ausdrücklicher Subsidiarität finden sich in

1) Bindig, Handbuch, Bd. I, S. 355.

strafrechtlichen Nebengesetzen. Vergleiche z. B. § 17 des Impfgesetzes vom 8. 4. 1874; § 62 der Betriebsordnung für die Haupteisenbahnen Deutschlands vom 5. 7. 1892; § 9 des Depotgesetzes vom 5. 7. 1896; § 53, Z. 1 des Zuckersteuergesetzes vom 27. 5. 1896.

β) Die „stillschweigende" Subsidiarität.

Sie liegt vor, wenn nach dem Sinn des Gesetzes ein Tatbestand nur subsidiär zur Anwendung kommen soll. Hierbei unterscheiden wir mit Binding Subsidiarität der Normen und Subsidiarität von Verbrechensformen.

### I. Subsidiarität der Normen.

Diejenigen Strafgesetze, welche die Gefährdung eines Rechtsguts mit Strafe bedrohen, sind in der Regel subsidiär gegenüber dem die Verletzung desselben Rechtsguts bedrohenden Tatbestande.[1] Diese Subsidiarität wird jedoch verneint werden müssen, wenn das Gefährdungsverbot nicht den Schutz bestimmt begrenzter Rechtsgüter, sondern allein oder zugleich die Verhütung einer Gemeingefahr bezweckt. So besteht z. B. zwischen § 211, § 212 RStrG. und § 5 des Sprengstoffgesetzes nicht Gesetzeskonkurrenz, sondern Idealkonkurrenz; denn die Delikte gegen die Bewegung des Anarchismus enthalten ein Element, das in den Bestimmungen über die Tötung nicht berücksichtigt ist. Dies zeigt namentlich § 4 StrGB., wonach

1) Die Frage ist im einzelnen bestritten. Vgl. darüber Köhler S. 79 ff.; Pflaum S. 36; R. G. E. Bd. 25, S. 321 ff.; Beling, Zeitschrift, Bd. 18, S. 285.

Sprengstoffverbrechen auch dann verfolgt werden können, wenn sie im Auslande von einem Ausländer begangen werden.[1]

Von grosser Bedeutung ist die Frage für den Übertretungsabschnitt. So ist z. B. § 366, Z. 7 (Werfen mit Steinen „in der Richtung auf einen Menschen“[2] subsidiär dem Tatbestande der Körperverletzung.

II. Subsidiarität der Verbrechensformen.

Alle Strafdrohungen gegen Versuch und Vorbereitung eines Delikts sind subsidiär den gegen die Vollendung dieses Delikts gerichteten; ebenso ist die Vorbereitungshandlung subsidiär dem versuchten Verbrechen. Ferner sind alle die Anstiftung und Beihülfe betreffenden Strafdrohungen subsidiär denjenigen, welche gegen die Begehung der betreffenden strafbaren Handlung gerichtet sind.

### c. Die Konsumtion.

Sie liegt vor, wenn „ein Strafgesetz Tatbestand und Strafdrohung eines anderen teilweise in sich aufnimmt und dieses insoweit ausser Anwendung stellt“.[3]

Es seien im folgenden nur einige Beispiele hervorgehoben.

α) Tötung und Körperverletzung.

Die herrschende Lehre nimmt an, dass der Tötungsvorsatz stets den Vorsatz der Körperverletzung enthalte.[4]

1) Vgl. über die Frage H. Seuffert, Anarchismus und Strafrecht, S. 106.
2) RGE., Bd. 3, S. 306.
3) Binding, Handbuch, Bd. I, S. 363.
4) RGE. Bd. 28, S. 200.

Im fünfzehnten Abschnitt des Reichsstrafgesetzbuchs hat der Gesetzgeber den Zweikampf der gemeinen Tötung und Körperverletzung gegenübergestellt. Wie schon früher erwähnt, sind daher diese Bestimmungen des 15. Abschnitts stets allein anzuwenden.

### β) Nötigung.

Das in der Nötigung enthaltene Moment der Gewalt ist in den Delikten der §§ 211, 112 bereits berücksichtigt, daher Idealkonkurrenz zwischen § 240 und §§ 211, 212 ausgeschlossen. Dasselbe gilt von § 240 im Verhältnis zu §§ 105, 106, 107, 113, 114, 122.

### γ) Beleidigung.

Bei Beleidigung des Kaisers, des Landesherrn, der Bundesfürsten und des Regenten sind nicht die allgemeinen Bestimmungen des § 185 ff, sondern lediglich die Bestimmungen des 2. und 3. Abschnitts anwendbar. Unter Beleidigung ist jedoch meiner Ansicht nach nicht ohne weiteres die Verläumdung mitbegriffen. Denn die Festungshaft des 2. und 3. Abschnitts berücksichtigt die politischen Motive des Täters; diese treten jedoch bei Verläumdung in den Hintergrund, da die Verläumdung eine Niedrigkeit der Gesinnung verrät, die durch Rücksicht auf politische Bestrebungen nichts von ihrer Gefährlichkeit verliert. Bei Verläumdung des Landesherrn ist daher Idealkonkurrenz von § 95 und § 187 gegeben, wobei der Strafrahmen des § 187, da er Festungshaft ausschliesst, massgebend ist.[1]

1) Die Annahme einer Idealkonkurrenz in diesem Falle ist insofern wichtig, als dadurch nicht ein Antrag zur Ver-

Während das Reichsgericht[2] früher ausgesprochen hat, dass in der Verleitung einer Frauensperson zur Gestattung des Coitus (§ 179) stets der Tatbestand einer Beleidigung zu erblicken sei, hat es diesen Standpunkt in einer neueren Entscheidung[3] aufgegeben.

### δ) Sachbeschädigung.

Der Tatbestand des § 299 (Unbefugte Eröffnung eines verschlossenen Briefs) stellt gewissermassen eine privilegierte Sachbeschädigung dar, so dass Idealkonkurrenz zwischen § 299 und 303 ausgeschlossen ist.[4]

Konsumiert wird die Sachbeschädigung ferner in den Fällen der §§ 125 (Landfriedensbruch), 133 (Vernichtung einer Urkunde), 134 (Abreissen von öffentlichen Bekanntmachungen), 315 (Beschädigung von Eisenbahnanlagen).

folgung der Beleidigung erforderlich ist, sondern die Ermächtigung des § 99 genügt. Über den Unterschied der beiden Begriffe s. Frank § 99, II; Olshausen § 99, Note 3. Übrigens ist obige Ansicht bestritten. Anderer Ansicht ist Wachenfeld S. 54, der stets Gesetzeskonkurrenz annimmt. Binding will S. 352 die Strafe des § 95, abgesehen von der Festungshaft, eintreten lassen. Gegen ihn mit Recht Wachenfeld S. 54 unter Berufung auf § 73.

2) RGE. Bd. 19, S. 250.

3) RGE. Bd. 24, S. 201. Ebenso Pflaum S. 43.

4) Anderer Ansicht Pflaum S. 44.

# Schluss.

## Vorschläge de lege ferenda.

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich, dass der Gesetzgeber einmal die Gesetzeskonkurrenz durch keinerlei Vorschriften regeln durfte und geregelt hat. An der Behandlung dieses Subsumtionszweifels wäre daher nichts zu ändern.

Dasselbe gilt von der gleichartigen Idealkonkurrenz.

Was die ungleichartige Idealkonkurrenz angeht, so hat das Strafgesetzbuch in richtiger Weise keine Definition dieser Konkurrenz gegeben, sondern die Wesensbestimmung der Wissenschaft überlassen. Andererseits geht es in § 73 von einem richtigen Handlungsbegriff aus, „der die positive wie negatvie, vollendete wie versuchte Handlung gleicherweise umfasst.“ [1] Durfte so das Strafgesetzbuch in der Definition der Idealkonkurrenz der Wissenschaft nicht vorgreifen, so ist es doch zweifellos, dass es für den Fall, wo eine Handlung neben der einen Tätigkeit die

1) So Wachenfeld S. 132. Anderer Ansicht ist Finger, der S. 369 behauptet, § 73 gehe bezüglich des Handlungsbegriffes „von unhaltbaren Voraussetzungen“ aus.

Elemente mehrerer Delikte enthält, also für den Fall der ungleichartigen Idealkonkurrenz eine Aushülfsregel dahin geben musste, mit welcher Strafe die im Gesetze nicht zum Tatbestand erhobene und daher nicht mit einer besonderen Strafdrohung versehene Handlung belegt werden soll.

Es ist zu prüfen, ob die Aushülfsbestimmung des § 73 ihrem Inhalte, Wortlaute und ihrer Stellung im Strafgesetzbuche nach vom kriminalpolitischen Standpunkte gerechtfertigt ist oder inwieweit dieselbe einer Änderung bedarf.

Was zunächst den Inhalt des § 73 angeht, so ist derselbe im allgemeinen zu billigen. Ausgehend von dem Satze, dass bei Einheit der Handlung stets Einheit des Verbrechens gegeben ist, bestimmt § 73, dass nur eine Strafe verhängt werden soll. Zu billigen ist ferner, dass § 73 Anwendung des schwersten Strafrahmens vorschreibt. Denn durch die Anwendung dieses Strafrahmens ist es möglich, die mehreren rechtlichen Erfolge der verschiedenen Delikte bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Höpfner[1] meint allerdings, die Regelung im Strafgesetzbuch „sei nur dann praktisch unbedenklich, wenn die betreffenden Maxima überhaupt nur für solche „Konkurrenzfälle berechnet seien." Allein es wird nur in seltenen Fällen vorkommen, dass das Maximum des schwersten Strafrahmens zur Sühnung des in idealer Konkurrenz begangenen Verbrechens nicht ausreicht. Es ist auch ebenso leicht möglich, dass das Maximum eines Strafrahmens zur Sühnung eines einfachen Delikts als

1) Höpfner S. 172, Anm. 14.

nicht ausreichend erscheint. Allein hieraus ist dem Gesetzgeber kein Vorwurf zu machen, da er solche Ausnahmefälle in seinen Strafrahmen nicht berücksichtigen darf, um nicht die Anwendung solcher Strafmaxima, die für die überwiegende Mehrzahl der Fälle zu hoch sind, zur Regel zu machen.

Wie auch Heinemann und Wachenfeld betonen, ist nur in einer Beziehung eine Änderung des Inhalts des § 73 empfehlenswert, nämlich in der Zulassung von Nebenstrafen. Wenn das in idealer Konkurrenz verletzte leichtere Delikt neben der Hauptstrafe eine Nebenstrafe androht, so erscheint es durchaus logisch, diese Nebenstrafe auch dann eintreten zu lassen, wenn der Täter neben dem Erfolgselement des leichteren Delikts auch ein solches eines schwereren Delikts durch seine eine Tätigkeit bewirkt hat.[1] Eine derartige Zusatzbestimmung hinsichtlich der Nebenstrafen wäre daher vom Standpunkte der Kriminalpolitik aus dringend wünschenswert.

Der Wortlaut des § 73 ist, wie schon früher gezeigt wurde, ungenau und führt zu einer fehlerhaften Definition der Idealkonkurrenz. § 73 sollte daher besser vom Zusammentreffen der Elemente mehrerer Delikte oder vom Zusammentreffen der Bestandteile oder Merkmale mehrerer strafbaren Handlungen sprechen.

Die Stellung des § 73 endlich ist völlig verfehlt. Namentlich führt die Überschrift des 5. Abschnitts und die Gegenüberstellung mit § 74 zu der falschen Annahme, als sei die Idealkonkurrenz eine Mehrheit von Delikten. Meines Erachtens würde es sich empfehlen, die

1) Vgl. Heinemann S. 136—140.

§§ 73–79 ohne besondere Uberschrift am Ende des 1. Abschnitts, der von den „Strafen“ handelt, einzuschieben. Denn §§ 73 ff. haben mit der Einheit und Mehrheit der Verbrechen nichts zu tun, sondern handeln lediglich von der Anwendung von Strafen.

Die von der Idealkonkurrenz handelnde Bestimmung würde somit als § 42a des Reichsstrafgesetzbuchs folgende Fassung erhalten:

„Wenn eine Handlung die Merk-
„male mehrerer Delikte enthält,
„so ist die Strafe dem Strafrahmen
„desjenigen Deliktes zu entnehmen,
„welches die schwerste Strafe und
„bei ungleichen Strafarten die
„schwerste Strafart androht.“

„Die Verurteilung zu einer Neben-
„strafe ist nicht ausgeschlossen,
„wenn die Nebenstrafe auch nur
„neben der Hauptstrafe desjenigen
„Delikts angedroht ist, dessen
„Strafrahmen nach Abs. 1 keine An-
„wendung findet.“